

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**LUIZA CARTAXO FERNANDES LUIZ**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE**

**CURITIBA**

**2013**

**LUIZA CARTAXO FERNANDES LUIZ**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Bacharelado em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Professora Orientadora: Dr<sup>a</sup>. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

**CURITIBA**

**2013**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

LUIZA CARTAXO FERNANDES LUIZ

### **A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel, no Curso de Bacharelado em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

ORIENTADORA: \_\_\_\_\_

Professora Dr<sup>a</sup>. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

1º Membro: \_\_\_\_\_

Professor Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

2º Membro: \_\_\_\_\_

Professora Dr<sup>a</sup>. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Curitiba, 05 de dezembro de 2013.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe Andrea, grande incentivadora de meus estudos e motivadora do caminho que trilhei até aqui.

A memória de meu pai Carlos, que de modo precoce partiu, deixando muitas saudades.

Ao meu irmão Henrique por ter se tornado, com muita ternura e maestria, o alicerce de minha família no momento em que o chão nos faltou. Minha profunda gratidão e admiração pelo grande homem que é. A minha cunhada Ornella pela preciosa amizade a qual desenvolvemos, e pela confiança sempre depositada em mim.

A minha irmã Maria Silvia, exemplo de dedicação e de comprometimento com a justiça ao exercer com notável zelo e responsabilidade o ofício de Juíza de Direito, em quem muito me espelho.

Ao meu irmão Guilherme, por quem tento ser a cada dia melhor, grande presente que a vida me trouxe.

Aos meus avós Ernani e Silene, pelo carinho de sempre e pela incansável torcida.

As minhas grandes amigas, irmãs com que a vida me presenteou para por ela prosseguir com a leveza que só as grandes amizades conseguem trazer. Agradeço em especial a Alice Bonates e a Mariana Rizzi pela valiosa contribuição ao desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus colegas de gabinete, pela harmoniosa convivência diária e pelas valiosas trocas de saber.

Ao meu noivo Mauro Vinícius, aquele que compartilha dos meus sonhos e conquistas, estando incondicionalmente ao meu lado. Ao meu grande amor e motivação de minha vida, em especial dedico este trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha orientadora, Professora Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz, pela confiança ao aceitar a tarefa de me orientar no presente estudo, ajudando o seu desenvolvimento sempre com muita atenção, paciência e sabedoria.

## **RESUMO**

O sistema jurídico de dada sociedade é frequentemente instado a assimilar novas conformações sociais, as quais nele vêm repercutir na medida em que se apresenta enquanto regramento social. Não deslocada desse movimento assiste-se, no âmbito da responsabilidade civil, a uma revisitação de seus pilares tradicionais, marcada, de um lado, pela centralidade que a vítima passa a ocupar no instituto e, de outro, pela expansão dos danos indenizáveis. Inseto nesse contexto é que se passa a reconhecer a perda de uma chance enquanto bem jurídico passível de tutela. Nessa medida, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias admitem a chance como integrante do patrimônio jurídico de determinada pessoa, de modo tal que de eventual conduta que dela suprima as possibilidades que detinha de alcançar posição jurídica mais favorável advém o dever de indenizar. A assimilação de referida perspectiva pelo direito brasileiro, bem como o desenvolvimento de premissas norteadoras à aplicação criteriosa do instituto são objetos deste estudo.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Dano. Perda de uma Chance.

## **ABSTRACT**

Each society's legal system is constantly driven to intake new social realities, which reflect on its role as social determiner. In the Civil Responsibility scenary, society is led to revisit its traditional pilars, guided by the relevance the victim has in this institute, on one side and the expansion of indemnfiable damage on the other. Through this perspective, the loss of a chance is acknowledged as a legal asset in need of protection. According to the national doctrine and precedents, a chance is part of the property of individuals and any situation which diminishes the odds of achieving a more convenient legal position should be compensated. Acquiring such perspective in brazilian law, as well as the development of new premisses to the effective application of this institute are the objectives of the present study.

Keyword: Civil responsibility. Damage. Loss of a chance.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 MARCOS PARA O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE .....</b>	<b>11</b>
2.1 PERCURSO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO .....	11
2.1.1 A responsabilidade civil subjetiva .....	15
2.1.2 Da responsabilidade civil objetiva aos novos danos .....	18
<b>3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>25</b>
3.1 CONDUTA HUMANA.....	25
3.2 NEXO DE IMPUTAÇÃO.....	27
3.3 DANO.....	28
3.3.1 Dano patrimonial e dano moral.....	29
3.3.2 Dano certo e dano eventual.....	32
3.3.3 Dano presente e dano futuro.....	36
3.4 NEXO DE CAUSALIDADE.....	38
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE.....</b>	<b>41</b>
4.1 O ADVENTO DA TEORIA NO CENÁRIO JURÍDICO INTERNACIONAL.....	42
4.2 PREMISSAS DO ESTUDO DA REPARAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO .....	45
4.2.1 A perda de uma chance como dano autônomo.....	47
4.2.2 A chance séria e real.....	51
4.2.3 Classificação do dano proveniente da perda de uma chance.....	58
4.2.4 Parâmetros de quantificação do dano decorrente da perda de uma chance.....	61
4.3 MODALIDADES DA PERDA DE UMA CHANCE.....	65
4.3.1 A frustração da chance de alcançar uma vantagem esperada.....	65
4.3.2 A frustração da chance de evitar um dano que aconteceu.....	67
4.3.2.1 Reflexões advindas da aplicação do instituto à responsabilidade civil médica .....	68
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho consiste na abordagem do tema da responsabilidade civil por perda de uma chance, atentando-se às nuances de referido instituto no direito brasileiro. Com esse escopo, propõe-se a investigação das premissas consagradas no cenário jurídico a respeito da reparação civil sob a perspectiva da frustração de chances, as quais orientam o desenvolvimento doutrinário do tema como também a sua aplicação pelos tribunais pátrios.

Passando a analisar a estrutura deste estudo, inicialmente versar-se-á sobre o instituto da responsabilidade civil em seu contexto mais amplo, com o propósito de acentuar o movimento de revisitação dos pilares tradicionais do instituto pela ciência jurídica. Assim, serão abordadas a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva, para então apresentarem-se os novos contornos conferidos ao instituto, movimento esse precipuamente centralizado na proteção integral da vítima e na ampliação dos danos indenizáveis.

Após, será dedicado espaço ao estudo dos pressupostos do dever de indenizar, consubstanciados na existência de conduta humana, imputável a alguém, ensejadora de dano a outrem e que a ele se liga por intermédio do nexo de causalidade.

O dano, elemento central da responsabilidade civil, será então analisado a partir de algumas das classificações desenvolvidas pela doutrina, optando-se pela problematização daquelas que detêm maior relevo ao estudo da reparação civil por perda de uma chance. Neste diapasão, será abordado o dano em suas perspectivas material e moral, prosseguindo-se à análise do que é tido por dano certo e dano eventual e, por fim, o dano presente e o dano futuro.

Após realizada essa primeira contextualização do tema, mais centralizada nos aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil, adentrar-se-á no estudo, propriamente dito, da reparação civil por perda de uma chance.

Uma vez que referida teoria foi importada de experiências estrangeiras, mais precisamente da França, serão tecidas algumas considerações acerca de seu desenvolvimento no cenário jurídico internacional.

Avançando na temática, adentrar-se-á no contexto das premissas da reparação civil por perda de uma chance conforme abordadas pela doutrina e aplicadas nos tribunais pátrios, localizando tais premissas como orientadoras do manejo criterioso do instituto. A este título, serão apresentadas quatro premissas, a saber, a chance como dano autônomo, a conformação da chance séria e real a qual detém relevância jurídica, a classificação do dano proveniente da perda de uma chance e, por fim, os parâmetros de quantificação do dano decorrente da frustração de chances.

Por fim, a partir de classificação desenvolvida por Fernando Noronha, e propondo-se um diálogo com os recentes estudos de Daniel Amaral Carnaúba, serão tecidas considerações acerca de duas vertentes teóricas da reparação civil por perda de uma chance, a primeira consistente na frustração da chance de alcançar vantagem esperada, e a segunda que alude à frustração da chance de evitar um prejuízo ocorrido.

## 2 MARCOS PARA O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

O estudo acerca da responsabilidade civil por perda de uma chance, inserto na categoria dos novos danos, por alguns doutrinadores, demanda primeiramente o manejo de conceitos ligados ao tema da responsabilidade civil, tradicionalmente considerada, perpassando pelas reflexões e mudanças de ênfase que, com o passar do tempo, o desenvolvimento da sociedade e da própria ciência jurídica acabaram por impor.

Assim, no afã de bem localizar o tema proposto no presente estudo, este primeiro capítulo inaugura a discussão afeta ao instituto da responsabilidade civil, algumas de suas teorias, pressupostos e mudanças de paradigmas que emergiram do desenvolvimento da disciplina.

### 2.1 PERCURSO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Emblemático se desvela o estudo direcionado ao instituto da responsabilidade civil, mormente levando-se em conta a dinamicidade ao tema imanente em razão de sua peculiar proximidade aos fatos sociais dispostos pelo ordenamento jurídico como merecedores de tutela.

A história dá conta do fato de que, pouco a pouco, os indivíduos agrupados vão se conscientizando de que a organização social requeria uma acomodação dos comportamentos do homem, sendo por vezes necessário clivar os interesses individuais aos coletivos, e alinhavá-los às regras normativas pela sociedade impostas objetivando a convivência harmoniosa, pontua Regina Vera Villas Bôas.<sup>1</sup> A sanção cominada pela inobservância de determinada regra cara à manutenção organizada da coletividade, no início detinha o atributo de vingança, e aos poucos

---

<sup>1</sup> BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 908, ano 100, p. 145-169, jun. 2011.

passou a apresentar os contornos de prevenção e reparação dos danos à coletividade.

Devido a isso que se pode dizer que o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil deu-se concomitantemente ao desenvolvimento da própria sociedade. Sérgio Cavalieri Filho<sup>2</sup> pontua que a reparação civil inspira-se no senso de justiça, e visa reestabelecer o equilíbrio jurídico-econômico cingido em decorrência do dano causado por um ato ilícito. Carlos Roberto Gonçalves<sup>3</sup> também localiza o tema imbuído desta carga valorativa, de eficácia prático-social, ao conceber a responsabilidade civil como um fenômeno social, nomeando-a enquanto regra de equilíbrio social.

E, ainda, o insigne José de Aguiar Dias, de modo muito pertinente traduz as questões afetas à responsabilidade civil ao vinculá-las à atividade humana, em sua origem, aduzindo que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.<sup>4</sup> Enfatiza o autor que a responsabilidade não é fenômeno exclusivo do contexto jurídico, mas ligado à vida social em si, até mesmo porque a atividade humana se insere em diferentes planos, seja o moral, o religioso, o dos costumes ou o do direito.

Em seu ver, contudo, a dimensão da moral seria muito mais abrangente do que a do direito, “porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo”.<sup>5</sup> A responsabilidade de ordem jurídica, portanto, estaria em dependência da ocorrência de um prejuízo, diversamente do que se tem na esfera da moral. O responsabilizar, assim, seria atribuir ao agente uma contraprestação correspondente ao ato por ele praticado, do qual culminou a ocorrência de prejuízo suportado por outrem.

O regramento legal da responsabilidade civil, no Código Civil vigente, apresenta como ponto nodal o artigo 186, assim redigido: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

---

<sup>2</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.v.4.

<sup>4</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-4.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 7.

Em razão da definição trazida por referido artigo, muito se discute acerca da modalidade de responsabilidade civil consagrada no Código Civil vigente, se subjetiva ou objetiva.

No contexto dessa discussão doutrinária, há quem entenda ser o atual sistema tributário da responsabilidade objetiva, a despeito do dispositivo legal acima enunciado fazer menção à negligência e à imprudência, aspectos esses ligados à culpa.

Segue referido entendimento Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar que o sistema atual seria prevalentemente objetivo em razão, principalmente, das leis especiais que advieram no século XX (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da lei que trata dos danos causados ao meio ambiente), contudo ressalta que a responsabilidade subjetiva não foi afastada. Nesse diapasão, destaca que:

[...] se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Mas isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, mesmo não havendo lei prevendo-a, até porque essa responsabilidade faz parte da própria essência do Direito, da sua ética, da sua moral – enfim, do sentido natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de Direito de que ninguém pode causar dano a outrem. Então – vale repetir –, temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi montado ao longo do século XX por meio de leis especiais; sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva.<sup>6</sup>

Capitaneiam referido entendimento, também, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao conceberem a culpa como elemento accidental da responsabilidade civil, e não essencial como alguns autores pretendem. Ao enfatizarem a existência, no regramento civil, de espécies de responsabilidade que prescindem do elemento culpa, concluem: “ora, se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade”.<sup>7</sup>

Imperioso ressaltar, contudo, que também esses autores assinalam a existência, por certo, da responsabilidade subjetiva, mas a leem com os olhos

---

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 23- 24.

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.v.3.

aviados ao que denominam tendência objetivista da responsabilidade civil.<sup>8</sup> Perseguindo referida tendência, inclusive, pontuam as situações que anteriormente eram tratadas, a seu ver, à luz da presunção de culpa<sup>9</sup>, hoje dando lugar à responsabilidade objetiva, por deliberada escolha do legislador, como na hipótese de responsabilidade por ato de terceiro.<sup>10</sup>

De outro vértice, Flávio Tartuce<sup>11</sup> entende constituir regra geral do direito brasileiro a teoria da culpa, localizando-a (a culpa em sentido amplo, a albergar, portanto, o dolo e a culpa em sentido estrito) como elemento essencial à responsabilidade civil.

Rui Stoco<sup>12</sup>, por fim, é refratário à ideia concebida por alguns doutrinadores acerca da predominância, no sistema jurídico vigente, da responsabilidade objetiva. Diversamente, enuncia a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar, mas também se mostra sensível às exceções trazidas pelo legislador para efeito de se ingressar na responsabilidade civil objetiva. A seu ver, a regra seria a responsabilidade subjetiva, e a exceção, a responsabilidade independente do elemento culpa (em sentido amplo).

Sob enfoque que seja, certo é que, hodiernamente, as responsabilidades subjetiva e objetiva convivem no sistema jurídico pátrio, referida constatação não sendo negada por autor algum. O que se vislumbra é, tão somente, opções

<sup>8</sup> A tendência objetivista da responsabilidade civil, conforme delineado pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pode ser esmiuçada, pedindo-se licença para o uso de suas próprias palavras, como a tendência que reflete “a nova face da sociedade contemporânea, em que o risco, especialmente decorrente do avanço tecnológico, impôs uma mudança de antigos paradigmas da lei anterior”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013. p. 189).

<sup>9</sup> Neste particular imperioso ressaltar que há autores, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho que, diversamente de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, não entendem que a culpa presumida deu lugar à responsabilidade objetiva. Cavalieri afirma que a culpa presumida não se afastou do sistema da responsabilidade subjetiva, apenas deu azo à derrogação do princípio dominante em matéria de prova ao impor a inversão do ônus da prova em sua própria base, com o objetivo de dar maior proteção aos interesses da vítima. A seu ver, então, culpa presumida e responsabilidade objetiva não se confundem, mas convivem lado a lado no Código Civil vigente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 42).

<sup>10</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; e, V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 349-350.v.2.

<sup>12</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154-155.

doutrinárias divergentes que ora enfatizam a responsabilidade subjetiva como regra geral, ora como exceção contemplada pelo ordenamento jurídico.

Acerca do tema, por derradeiro, é de se registrar que, a depender do entendimento que se confira à conformação do instituto da responsabilidade civil no direito pátrio, se predominantemente concebida em seu viés subjetivo ou objetivo, conforme delineado, os pressupostos do próprio instituto sofrerão interferências.

O que se quer dizer com isso é que ao se partir da noção de que o sistema atual é tributário, predominantemente, da concepção subjetiva da responsabilidade civil, há que se conceber também o elemento culpa ao lado dos demais pressupostos do dever de indenizar (conduta humana, nexo de causalidade e dano), elemento este não presente quando se fala em responsabilidade objetiva.<sup>13</sup>

Agostinho Alvim demonstrou-se sensível à referida percepção ao afirmar que “a culpa é ou não elemento do dano indenizável, conforme o fundamento que se dê à responsabilidade”.<sup>14</sup>

Perpassada aludida problematização, pertinente adentrar no estudo mais específico da responsabilidade civil subjetiva e objetiva consagradas no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.1.1 A responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva pode ser definida enquanto aquela que insere, a título de pressuposto do dever de indenizar, elemento subjetivo contemplado pela culpa ou dolo do agente.

---

<sup>13</sup> Pertinente enfatizar que inserto no contexto da responsabilidade civil objetiva a doutrina aborda a teoria do risco, marcada pelo paradigma da solidariedade. A denominada sociedade do risco, localizada pelos doutrinadores na passagem do século XXI, desvela a existência de atividades cujo desenvolvimento implica determinados riscos (que apontam possíveis efeitos deletérios, alguns conhecidos, outros abstratos, não previstos) os quais, acaso realizados, causando danos a outrem, devem ser suportados por aquele que desenvolve tal atividade, prescindindo, para tanto, da evocação do elemento culpa. (LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeiristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 03-27.).

<sup>14</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária Ltda, 1965. p. 235.

Nessa conformação, o dever de indenizar pela produção de um prejuízo a outrem decorrente de determinada conduta, somente exsurge se o interessado bem demonstrar o elemento subjetivo agregado à conduta do agente, ou seja, impõe-se como requisito que o dano tenha sido produzido em razão de ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, conforme preleciona o artigo 186 do Código Civil Brasileiro.<sup>15</sup>

Na apreensão da responsabilidade civil subjetiva, como dito, a culpa é elemento primordial ao dano indenizável. A culpa, assim enunciada, seria a culpa em sentido amplo, a qual pode ser esmiuçada em dolo e culpa em sentido estrito.

O dolo, nas lições de Rui Stoco<sup>16</sup>, “é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato. Portanto, o dolo é intenção e vontade dirigida a um fim determinado”, ao passo que a culpa “traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, eis que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*”.

Debruçando-se acerca da mesma questão, Sergio Cavalieri Filho<sup>17</sup> pontua que a culpa em sentido amplo contemplaria toda a espécie de conduta contrária ao direito, definindo-se tal conduta como intencional, em se tratando de dolo, ou tencional, na culpa em sentido estrito. Assinala que tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente, com a peculiar distinção de que no dolo a conduta é ilícita já em sua origem, porquanto previamente dirigida a um fim antijurídico, ao passo em que a culpa, apenas por um desvio accidental, produz um resultado antijurídico.

Enfatiza o autor que, apesar da distinção conceitual existente entre o dolo e a culpa, para efeito de reparação civil proposta no direito pátrio referida distinção não detém maior importância, até mesmo porque o juiz não utiliza referidas categorias a fim de fixar o montante da indenização, servindo para tanto apenas a observação acerca da extensão do dano experimentado pela vítima.

Corroborando com o entendimento do autor supracitado, José de Aguiar Dias enfatiza que:

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>16</sup> STOCO, 2011, p. 154.

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 31.



Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero *ato ilícito*, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem, embora se vislumbrem, no texto do citado dispositivo, as duas espécies; dolo (ação ou omissão voluntária) e culpa (negligência ou imprudência).<sup>18</sup>

Há, contudo, uma abertura normativa inserta no Código Civil brasileiro, especificamente em seu artigo 944, parágrafo único<sup>19</sup>, da qual o juiz pode se valer ao efeito de, em determinados casos, reduzir o montante da indenização a fim de equilibrar a gravidade da culpa em relação à extensão do dano.

A compreensão acerca do dolo não demanda maiores esforços, diferentemente do que se tem na acepção da culpa, a qual pode ser caracterizada a partir da imprudência, negligência ou imperícia, definições estas trazidas, pelos doutrinadores, de modo convergente.

Sergio Cavalieri Filho<sup>20</sup>, ao se debruçar acerca do tema, ressalta que a imprudência, negligência e imperícia não podem ser consideradas espécies de culpa, tampouco elementos desta, mas “formas de exteriorização da conduta culposa”, as quais detêm, como ponto de convergência, a falta de cuidado. Para esse autor, os elementos da conduta culposa seriam três, quais sejam: conduta voluntária com resultado involuntário<sup>21</sup>; previsão ou previsibilidade<sup>22</sup> e falta de cuidado.

A imprudência, nas lições de Rui Stoco<sup>23</sup>, seria um agir desprovido da cautela devida, de um modo precipitado.

<sup>18</sup> DIAS, 2006, p. 151-152.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 38.

<sup>21</sup> O autor define o elemento como aquele em que “alguém, através de uma conduta voluntária, busca alcançar um resultado permitido, lícito. (...) Incide em erro de conduta por falta de cautela e, assim, vem a alcançar outro resultado não pretendido, ilícito”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 34-35).

<sup>22</sup> Conceitua Sergio Cavalieri Filho a previsão como a situação em que há pelo agente, antecipadamente, representação mental acerca do resultado ilícito que acabou por ser produzido. De outro norte, na previsibilidade do resultado, por ele definido como elemento mínimo da culpa, embora inexistente a representação mental pelo agente, seria razoável prever, pelas regras da experiência, a produção do dano em razão da conduta assumida. (*Ibidem*, p. 37).

<sup>23</sup> STOCO, 2011, p. 158.

A negligência, por sua vez, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão”.<sup>24</sup> Caracterizar-se-ia por uma ausência de conduta quando, de modo contrário, fosse exigida do agente determinada atuação positiva.

E, por fim, a imperícia estaria localizada na esfera da atividade profissional, consubstanciando-se na demonstração de uma inabilidade técnica, de qualificação do profissional diante do que o seu mister exigiria. Complementando a conceituação, Rui Stoco<sup>25</sup> afirma que a imperícia pode ser identificada por meio de uma ação ou omissão do agente.

Ainda, Flávio Tartuce<sup>26</sup> identifica os conceitos da imprudência e negligência no artigo 186 do Código Civil<sup>27</sup>, ao passo em que dita que a categoria a que alude a imperícia estaria consagrada no artigo 951 do Código Civil.<sup>28</sup>

## 2.1.2 Da responsabilidade civil objetiva aos novos danos

Ainda que a conformação da responsabilidade civil objetiva, no direito brasileiro, não tenha se efetivado de modo a substituir o instituto concebido sob a ótica subjetiva, até mesmo porque “[...] não desapareceu completamente a culpa, nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro”<sup>29</sup>, não é de se ignorar que o desenvolvimento teórico da primeira adveio de algumas percepções extraídas de novas realidades que, ao tempo do legislador de 1916, ainda não haviam sido reveladas.

<sup>24</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 182.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> TARTUCE, 2013, p. 349.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 951. O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>29</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 221.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, objetivando evitar interpretações equivocadas dada a comum apresentação da responsabilidade objetiva como forma de superar obstáculos impostos pela adoção irrestrita da responsabilidade civil subjetiva, tem o cuidado de ressaltar que se deu “a passagem do cenário de exclusividade da culpa como *fundamento* da responsabilidade civil para o cenário de dúplice angulação de *fontes* da responsabilidade civil – a culpa e o risco”.<sup>30</sup>

Não desavisados da ressalva muito bem colocada pela autora supracitada, não é de ignorar que se observou, no decorrer do tempo, que a adoção irrestrita da teoria subjetiva acabava por deixar à margem do regramento jurídico fatos sociais também merecedores de tutela de modo tal que, em alguns casos, na esteira do que pontuam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, “exigir da vítima a prova da culpa equivalia a não responsabilizar o provocador do dano”.<sup>31</sup>

Vale dizer, a denominada tendência à objetivação, por muitos doutrinadores estudada, “atende à sociedade pós-moderna, sociedade de massa e globalizada, caracterizada pelos riscos da produção e do desenvolvimento, nos quais se inclui a tecnologia, que tornam mais vulneráveis as pessoas, possíveis vítimas”.<sup>32</sup>

Novas realidades se colocaram, tendo-se como exemplo ímpar o desenvolvimento advindo a partir da Revolução Industrial, sendo que a profusão de danos outrora não imaginados eclodiu no desenvolvimento de novas teorias no âmbito da responsabilidade civil visando garantir, em última análise, a proteção das vítimas.

Nesse contexto surgiu a responsabilidade civil objetiva, na qual o dever de indenizar que recai sobre o ofensor prescinde de culpa, conforme expressamente dita o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, definido como cláusula geral da responsabilidade civil objetiva:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>30</sup> HIRONAKA, 2003, p. 222.

<sup>31</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 804-805.v.2.

<sup>32</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2006. p. 588.v.5.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, o legislador de 2002 consagrou a responsabilidade civil objetiva, indicando a sua aplicabilidade aos casos dispostos em leis esparsas que, atualmente, são em número bastante considerável, bem como às atividades indicativas de riscos a quem a elas são expostas, a exemplo das atividades nucleares e ao contrato de transporte.<sup>33</sup>

Cumprе consignar que muito tem se discutido acerca de quais seriam referidas atividades de risco abrangidas pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, conforme reflete Anderson Schreiber. Pontua a existência de entendimentos, os quais rechaça, no sentido de se limitarem a atividades economicamente organizadas, no que conclui ser “irrelevante, para a incidência do dispositivo, que a atividade de risco se organize ou não sob forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável”.<sup>34</sup>

De modo contrário, entende que a cláusula geral de responsabilidade objetiva se dirige a atividades perigosas por sua natureza, ou por se centrarem sobre bens intrinsecamente danosos, a exemplo do material radioativo, ou por empregarem métodos de alto potencial lesivo, a exemplo do controle de recursos hídricos.<sup>35</sup>

Destarte, Anderson Schreiber<sup>36</sup> se dedica ao estudo do novo panorama da responsabilidade civil, instituto o qual passou a ser revisitado a partir da lógica que engendrou o desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva. Bem contextualiza referido movimento ao consignar que:

O sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: culpa, dano e nexo causal. Na prática judicial, isto significava que a vítima de um dano precisava, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração da culpa do ofensor, e (ii) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano. Estas duas

<sup>33</sup> CHINELATO, 2006, p. 583-606.

<sup>34</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24-25.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 11.

barreiras – prova da culpa e prova do nexo de causalidade – chegaram a ser chamadas *filtros da responsabilidade civil* ou *filtros da reparação*, por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional.<sup>37</sup>

Referido autor, neste diapasão, enfatiza que o panorama atual da responsabilidade civil é calcado no que ele denomina de *erosão dos filtros tradicionais* da reparação<sup>38</sup>, enumerando que a prova da culpa passou a ser relativizada, senão afastada, em alguns casos, vistas à ampliação das possibilidades de o direito dar uma resposta aos danos experimentados, eventualmente, por determinadas pessoas.

Prossegue em seus estudos afirmando que a elucidação da culpa na responsabilidade civil, na Modernidade, denota a aproximação do instituto à moral, na medida em que a ênfase era calcada não na reparação do prejuízo, mas no juízo de reprovação que deveria ser imputado a alguém, qual seja, o ofensor.<sup>39</sup> O doutrinador critica referida perspectiva, e novamente ressalta que esta opção acabou por se impor enquanto obstáculo à reparação dos danos, o que teve que ser flexibilizado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência contemporâneas.

Justifica seu entendimento pontuando que a demonstração da culpa se aproxima do interesse liberal Moderno conformador do exercício em larga escala da liberdade e autonomia privada, nesse contexto sendo pertinente inserir a culpa enquanto filtro da reparação civil - com a licença de se apropriar do termo empregado por Schreiber. Desse modo, ressalta o autor, o judiciário interferiria ao mínimo nas condutas assumidas em sociedade. Entretanto, acidentes ocorridos em razão das novas tecnologias, em muito observados na Revolução Industrial, clamavam por soluções mais efetivas, e aí a prova da culpa acabaria por se impor como prova diabólica.<sup>40</sup>

Novas ingerências postas na realidade alteraram as próprias relações sociais, econômicas, e porque não jurídicas, o que logicamente impôs a necessidade de novas soluções na esfera do direito vistas a tutelar, em última análise, a pessoa humana.

---

<sup>37</sup> SCHREIBER, 2011, p. 24-25.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 17.

Assim, há quem se valha da reflexão provinda dos estudos atinentes à responsabilidade civil objetiva ao efeito de conceber uma nova tendência a marcar o instituto da responsabilidade civil, por alguns autores definida a partir da perspectiva dos novos danos.

Inserto neste contexto, Anderson Schreiber propõe o afastamento da teoria do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva. Afirma ser questionável esta concepção,

na medida em que se vislumbram hipóteses de incidência desta espécie de responsabilidade em que não se pode, ou em que se pode apenas artificialmente, invocar o risco como fator de vinculação entre o dever de indenizar e o agente. Em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa.<sup>41</sup>

Visando melhor elucidar o seu posicionamento, o autor exemplifica ser por demais artificioso conceber que a objetivação da responsabilidade do dono da coisa por objeto lançado de prédio, disposta no artigo 938 do Código Civil<sup>42</sup>, decorra de sua contribuição para a criação do risco. Localiza que a opção do legislador pela previsão da responsabilidade objetiva a tutelar a hipótese normativa advém muito mais da necessidade de assegurar à vítima o direito à reparação, o qual seria bastante improvável acaso exigisse a demonstração do elemento culpa.

Não deslocada desse movimento anunciado por Schreiber, Giselda Hironaka<sup>43</sup> pontua três marcos teóricos, em sua própria definição, alusivos ao atual panorama da responsabilidade civil no Brasil, quais sejam: a ampliação de hipóteses danosas suscetíveis de reparação; a ampliação de casos de objetivação da imputação da responsabilidade; e, por fim, a coletivização da responsabilidade. Conclui que referidas novas tendências detêm como foco, em última análise, a vítima e seu direito de ser ressarcida, ênfase essa que era anteriormente

<sup>41</sup> SCHREIBER, 2011, p. 30-31.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>43</sup> HIRONAKA, 2003, p. 228.

direcionada à imputação da responsabilidade, daí o lugar central em que a culpa ocupava.

Nesta mesma linha, Silmara Juny Chinelato<sup>44</sup> apresenta o que concebe como as diretrizes do Código Civil de 2002, resumidas por ela na objetivação da responsabilidade civil, marcada pela cláusula geral de responsabilidade objetiva a que se refere o artigo 927 do Código Civil, na expansão dos danos indenizáveis, citando a possibilidade de cumulação de danos de ordem material e moral, na esteira do estabelecido na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça<sup>45</sup>, na coletivização ou securitização da responsabilidade civil, exemplificando o seguro de danos pessoais e materiais e de acidente de trabalho e, por fim, na ampliação do rol de responsáveis (lesantes) e dos titulares do direito à indenização, os primeiros a exemplo da pessoa jurídica e do Estado, e os últimos a exemplo do nascituro, do morto e também da pessoa jurídica.

Fernando Noronha bem define essa nova perspectiva que reavivou as discussões desenvolvidas no âmbito do instituto da responsabilidade civil.<sup>46</sup>

A ampliação de danos suscetíveis de reparação, em seu entender, coaduna-se ao anseio da sociedade apostado no sentido de não deixar vítima alguma desassistida ao haver malferida qualquer de suas esferas. Destarte, atualmente não se fala apenas em dano patrimonial ou moral, enfatizando os danos concebidos como transindividuais, quais sejam, aqueles que afetam os interesses das pessoas enquanto coletividade. Pontua também, nesse contexto, a diminuição de exigências quanto ao reconhecimento de danos, dado o alargamento da noção de causalidade e a defesa da tutela de interesses que detêm a álea em sua natureza, a exemplo da perda de uma chance.

Enuncia, ademais, a objetivação da responsabilidade, com a visualização de mais casos de reparação que prescindem do elemento culpa para efeito de caracterização do dever de indenizar, na esteira do propugnado por Anderson Schreiber, que enfatizou a existência de hipóteses de reparação não exigentes do

---

<sup>44</sup> CHINELATO, 2006, p. 583-606.

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37**. São cumuláveis a indenização por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_\\_0037.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>46</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 566- 569.

elemento culpa as quais, contudo, não se fundamentam, senão artificialmente, na criação de riscos pela atividade desenvolvida.

E, ainda, a coletivização da responsabilidade, manifestada no desenvolvimento do seguro de responsabilidade civil<sup>47</sup>, da seguridade social<sup>48</sup>, como também da responsabilidade grupal.<sup>49</sup> De toda a sorte, as novas tendências apresentadas no panorama do instituto da responsabilidade civil, no direito brasileiro, unem-se em um só propósito, qual seja, o de “assegurar o mais amplo ressarcimento à vítima dos eventos danosos”.<sup>50</sup>

Justamente inserto neste novo direcionamento do instituto que se passou a conceber a reparação civil pela chance perdida.

---

<sup>47</sup> O seguro de responsabilidade civil, na concepção de Fernando Noronha, torna-se gradativamente mais importante na medida em que há a ampliação da responsabilidade independente de culpa. Garante a melhor reparação do dano sofrido pelo lesado e, de outro vértice, o ônus de repará-lo é socializado por um grupo de pessoas, aqueles que pagam o prêmio correspondente. (*Ibidem*, p. 568).

<sup>48</sup> Nas palavras de Fernando Noronha, a seguridade social tem um “objetivo que vai além da previdência social: visa garantir a reparação, a cargo da própria sociedade, dos principais danos corpóreos que as pessoas podem sofrer, como a morte e a incapacidade para o trabalho”. (NORONHA, 2010, p. 568- 569).

<sup>49</sup> A responsabilidade grupal imputaria a responsabilidade a todos os integrantes de um grupo do qual pertence um membro, não identificado, que produziu dano a outrem. (*Ibidem*, p. 569).

<sup>50</sup> TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 808.

<sup>51</sup> ALVIM, 1965, p. 235.



### 3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos atinentes ao instituto da responsabilidade civil não são concebidos de modo unânime na doutrina brasileira. Referida divergência emerge das próprias escolhas doutrinárias, conforme no decorrer do presente trabalho foi apontado, sendo certo que ao entender ser o sistema brasileiro tributário, predominantemente, da responsabilidade subjetiva ou da objetiva, referido posicionamento reflete nas próprias conformações do instituto.

Pede-se licença para novamente citar as brilhantes palavras de Agostinho Alvim ao tratar do tema: “a culpa é ou não elemento do dano indenizável, conforme o fundamento que se dê à responsabilidade”.<sup>51</sup>

Destarte, a diferença conceitual reside na inserção da culpa (em sentido amplo) ao lado dos demais pressupostos do dever de indenizar (conduta humana, nexo de causalidade e dano), não verificada quando se fala em responsabilidade objetiva, contudo certamente presente na definição daqueles que adotam a vertente da responsabilidade subjetiva enquanto a predominante na lei civil.

Como o objetivo do presente trabalho não é o de encerrar referidas discussões doutrinárias, entendeu-se coerente a adoção, neste estudo, do conceito de nexo de imputação conforme desenvolvido por Fernando Noronha. Se, de um lado, tal conceito fundamenta a atribuição de responsabilidade ao agente pela produção de um dano a alguém, de outro referida ligação abrange tanto a atuação culposa, indicativa da responsabilidade civil subjetiva, quanto a imputação pelo risco, reveladora da responsabilidade civil objetiva.

#### 3.1 CONDUTA HUMANA

A ação ou omissão humana voluntária seria o primeiro pressuposto necessário à configuração da responsabilidade civil. A voluntariedade aqui exposta, ressaltam Stolze e Pamplona<sup>52</sup>, não significa a intencionalidade da conduta,

---

<sup>52</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 73.

tampouco a consciência subjetiva da ilicitude do ato, mas que ela deve ser praticada de acordo com a livre capacidade de autodeterminação do agente, vale dizer, estando associada ao domínio da vontade humana em contraposição às forças naturais das quais não se tem o controle.

Neste sentido, também defende Rui Stoco que apenas detém relevância jurídica a ação ou omissão voluntárias, as quais, em suas palavras, são aquelas que transitam pela zona de consciência. Ressalta que “a voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado”<sup>53</sup>, o que diria respeito apenas à matéria da culpabilidade em sentido amplo.

Sílvio de Salvo Venosa agrega à conduta humana, enquanto pressuposto do dever de indenizar, a ilicitude, enunciando, portanto, que a conduta que se presta ao instituto da responsabilidade civil seria tão somente aquela revestida de desconformidade à ordem jurídica, violadora de direitos de outrem.<sup>54</sup>

Rui Stoco também afirma que “não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica”<sup>55</sup>, o que indica estar ele também concebendo apenas a conduta revestida de ilicitude, positiva ou negativa, para efeito do dever de indenizar.

Contudo, ao abordar a evolução do direito e o futuro da obrigação de reparar o dano, assinala a tendência no sentido de o dever de indenizar não mais se centralizar na distinção entre ato ilícito e lícito, isso em nome da maior preocupação em possibilitar a efetiva reparação do mal gerado à vítima. Neste diapasão, discorre que:

Vem-se, também, direcionando rapidamente no sentido de minimizar a importância da distinção entre ato ilícito e ato lícito para efeito de imposição de obrigação reparatória, perdendo força a qualificação da conduta geradora do dano em legítima ou ilegítima e ganhando força a qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não excluiria a obrigação de reparar se o dano consistir em extinção ou agravamento de um direito preexistente.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> STOCO, 2011, p. 153.

<sup>54</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, 1303.

Alinhados à concepção enunciada por essa nova tendência, Stolze e Pamplona entendem que, em alguns casos específicos, pode haver o dever de indenizar ainda que o sujeito atue licitamente. E exemplificam trazendo a lume a questão da passagem forçada, prevista no artigo 1.285 do Código Civil<sup>57</sup>, a qual consagra hipótese de conduta disciplinada em lei e, mesmo assim, que prevê o pagamento de indenização cabal.<sup>58</sup>

Sobre a controvérsia, Sergio Cavalieri Filho discorre que o ato ilícito seria o fato gerador da responsabilidade civil, definindo a ilicitude como a violação de um dever jurídico preexistente. Contudo, atento às previsões legais que impõem o dever de reparar em situações derivadas de atos lícitos, o autor argumenta que referidos casos são excepcionalíssimos, não abrangendo “responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito”.<sup>59</sup>

### 3.2 NEXO DE IMPUTAÇÃO

O nexo de imputação é o pressuposto a partir do qual se identifica o agente responsável pela produção de um determinado dano, atribuindo-lhe o dever de reparar.

Referido pressuposto, tal como desenvolvido, é maleável a ponto de absorver a imputação de responsabilidade permeada pela culpa, como também a tida no âmbito do risco criado. Adverte Fernando Noronha que “em regra o fundamento de tal imputação é uma *atuação culposa*. Excepcionalmente poderá haver *imputação pelo risco*”.<sup>60</sup>

A atribuição de responsabilidade que emerge da prática de uma conduta culposa (em sentido amplo) indica o desrespeito a “deveres de conduta que, se

<sup>57</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

<sup>58</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 77-78.

<sup>59</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 09.

<sup>60</sup> NORONHA, 2010, p. 496.

observados, teriam evitado o dano”<sup>61</sup>, podendo a ofensa a tais deveres resultar de uma opção deliberada do agente, ou meramente apontar um comportamento não revestido do necessário cuidado.

A imputação pelo risco, por sua vez, recai àquele que “exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios”<sup>62</sup>, sendo razoável, portanto, que suporte os prejuízos daí decorrentes “independentemente de ter ou não procedido com culpa”.<sup>63</sup>

Assim, como elemento a apontar o responsável pela causação de um dano a outrem, a operacionalização da indenização à vítima necessariamente perpassa tal elo de investigação.

### 3.3 DANO

Na comentada obra *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Agostinho Alvim, ao abordar o conceito de dano, rechaça o entendimento daqueles que o avaliam enquanto diminuição patrimonial, meramente. Para o autor, o dano em sentido amplo se caracteriza pela lesão a qualquer bem jurídico, incluindo-se o moral; e, em sentido estrito, aí sim, diria respeito à diminuição sofrida no patrimônio, apreciável em dinheiro.<sup>64</sup>

Perseguindo o mesmo raciocínio, Sergio Cavalieri Filho admite que:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.<sup>65</sup>

Referido autor, ainda, disserta ser o dano o grande vilão da responsabilidade civil, isso para bem explicar que esse elemento situa-se em seu centro. Inexistindo

---

<sup>61</sup> NORONHA, 2010, p. 496.

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> ALVIM, 1965, p. 170-171.

<sup>65</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77.

dano, ressalta, inexistir dever de indenizar, ainda que se esteja diante de conduta culposa ou dolosa, de alto grau de reprovabilidade, portanto.

Rui Stoco, que prefere caracterizar o dano como a “chave” ou “senha” ao surgimento do dever de indenizar, comunga do entendimento adotado por Cavalieri Filho ao elevar o dano à categoria de elemento indispensável, e irretirável, da responsabilidade civil. A seu ver, “é unânime na doutrina que pode haver ato ilícito sem dano, mas não pode haver responsabilidade sem a efetiva ocorrência de um dano”.<sup>66</sup>

Debruçando-se acerca dessa mesma questão, Stolze e Pamplona elencam o que consideram serem os três requisitos do dano indenizável: primeiramente, a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; em segundo lugar, a certeza do dano, a qual emerge de um dano efetivo, que deve ser demonstrado em juízo; e, por fim, a subsistência do dano, ou seja, deve ele se manter presente quando da pretensão de reparação formulada em juízo, não tendo sido espontaneamente reparado pelo ofensor.<sup>67</sup>

Alinhada às principais discussões que são postas ao se abordar a questão da responsabilidade civil por perda de uma chance, pertinente enunciar algumas classificações alusivas ao requisito do dano, as quais, contudo, não se esgotam nas que ora serão apresentadas. Imperioso esclarecer, portanto, que as classificações adiante expostas são aquelas que mais se aproximam à temática abrangida no presente trabalho.

### **3.3.1 Dano patrimonial e dano moral**

No que tange às espécies de dano, a teoria tradicional apresenta os danos de ordem patrimonial e moral. Entrementes, o jurista Rui Stoco afirma que a divisão entre referidos danos apenas detém relação com seus efeitos, e não sua origem, eis que neste particular o dano é uno e indivisível.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> STOCO, 2011, p. 1.392- 1.393.

<sup>67</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 81-90.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 1.395.

Enquanto o dano patrimonial é aquele que “traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular”<sup>69</sup>, o dano moral “consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. (...) É aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade)”.<sup>70</sup>

Tratando-se de prejuízo economicamente apreciável, o dano patrimonial pode ser tido sob os aspectos do dano emergente e dos lucros cessantes. Referidos critérios de apreciação são trazidos pelo próprio Código Civil, especificamente em seu artigo 402:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

De acordo com os efeitos que o dano provoca no patrimônio da vítima, consigna Agostinho Alvim que:

Para a verificação cabal dos danos, devemos ter em vista o patrimônio daquele que o sofreu, tal como estaria se não existira o dano, bem se vê, desde logo, a necessidade de levar em conta, não somente o desfalque, mas aquilo que não entrou ou não entrará para esse patrimônio, em virtude de certo fato danoso.<sup>71</sup>

Referida citação do ilustre doutrinador Agostinho Alvim nada mais indica do que a diferenciação existente entre o dano emergente e o lucro cessante.

O dano emergente corresponderia ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima<sup>72</sup>, ou seja, representaria a diferença existente entre o patrimônio que detinha antes de suportar a ingerência do dano e após referido evento.<sup>73</sup>

Já o lucro cessante pode ser definido enquanto o montante pecuniário que deixou de auferir em razão do dano que teve de suportar<sup>74</sup>, vale dizer, é a perda de um ganho esperado, a frustração da expectativa de lucro.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 90.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>71</sup> ALVIM, 1965, p. 173.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>73</sup> GONÇALVES, 2011, p. 361.

<sup>74</sup> *Idem*.

Rui Stoco bem resume referida distinção, ao ressaltar que:

Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima.<sup>76</sup>

Não é demais lembrar, como oportunamente ressalta Rui Stoco, que em uma mesma situação pode se vislumbrar a existência concomitante das duas modalidades de dano, ou seja, a necessidade de a vítima ser reparada tanto no que se refere ao que efetivamente perdeu (danos emergentes) quanto ao que razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes), em razão da conduta lesiva a seu patrimônio.<sup>77</sup>

O dano moral, de outro norte, consistindo no dano que produz efeitos a agredir os direitos da personalidade da vítima, após ser objeto de muita controvérsia<sup>78</sup>, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, na Constituição de 1988 foi expressamente tratado em seu artigo 5, inciso X, nos seguintes termos: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Atualmente a questão não demanda maiores problematizações, inclusive tendo sido sumulado<sup>79</sup>, pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de ser a pessoa jurídica passível de experimentar dano de ordem moral. O próprio Código Civil assinala tal perspectiva em seu artigo 52, assim redigido: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”.

A problemática reside na quantificação do dano moral pelos tribunais pátrios, dada a dificuldade de transpô-lo a um parâmetro pecuniário, o qual se presta à

<sup>75</sup> GONÇALVES, 2011, 361- 362.

<sup>76</sup> STOCO, 2011, p. 1397.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> Agostinho Alvim, na década de 60, ao tratar sobre o tema, afirma que a questão do dano moral, no direito positivo à época, é controvertida. Enuncia decisões judiciais, como também entendimentos doutrinários, que se situam de ambos os lados, alguns refratários ao conceito de dano moral, e outros bem o acolhendo. E contextualiza que “o sentimento de justiça impulsiona no sentido de admitir-se a indenização por dano moral; mas a dificuldade da aplicação da teoria aos casos ocorrentes faz retroceder”. (ALVIM, 1965, p. 220).

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 277**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_\\_0037.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

compensação<sup>80</sup> da vítima, detendo também caráter punitivo e pedagógico<sup>81</sup> ao ofensor, conforme pontua Flávio Tartuce.

Como as discussões se renovam, atualmente os doutrinadores se debruçam sobre a necessidade de comprovação do dano de ordem moral, catalogando-os em dano moral provado ou subjetivo, o qual necessita ser demonstrado pelo autor da demanda, e, de outro vértice, o dano moral objetivo ou presumido (*in re ipsa*), o qual não necessita de prova e é aplicável a casos específicos, tais como abalo de crédito, protesto indevido de títulos, morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte de corpo.<sup>82</sup>

A tônica da discussão atual acerca do tema também se situa na banalização do dano moral, até mesmo por isso passou-se a exigir, em alguns casos, a comprovação, pelo autor, de sua ocorrência. É o que Flávio Tartuce apresenta ao tratar sobre a indústria do dano moral.<sup>83</sup>

Não é demais lembrar, contudo, que, para além do dano material e do moral acima brevemente delineados, há quem admita a existência de novos danos<sup>84</sup>, a exemplo de Flávio Tartuce, que nesta categoria insere os danos estéticos, os danos por perda de uma chance (ainda que seja um tanto refratário à aceitação de referida teoria), os danos morais coletivos e os danos sociais ou difusos.<sup>85</sup>

### 3.3.2 Dano certo e dano eventual

A certeza do dano, enunciada por Daniel Amaral Carnaúba como um dos elementos mais importantes do prejuízo reparável, presta-se a evitar a ocorrência de

---

<sup>80</sup> TARTUCE, 2013, p. 392.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 410.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 393- 394.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 394.

<sup>84</sup> Anderson Schreiber insere os intitulados “novos danos” no contexto de expansão qualitativa de interesses reconhecidos pelos tribunais como merecedores de tutela, tanto na experiência jurídica estrangeira, quanto brasileira. A título de exemplo, enumera o dano sexual reconhecido na Itália, como “dano autônomo sofrido pelo indivíduo que se vê impedido de manter relações sexuais por força de outro dano causado diretamente ao seu cônjuge”, e o dano consistente no custo de manutenção do filho indesejado por força de cirurgia de esterilização falha, reconhecido na Itália e França. No que toca à experiência jurídica brasileira, descreve o dano moral decorrente de rompimento de noivado, da separação após a notícia da gravidez, e o abandono afetivo de filhos e cônjuges, dentre outros. (SCHREIBER, 2011, p. 91-93).

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 419- 442.



enriquecimento sem causa por parte do demandante, o que, na concepção do autor, corromperia a função da responsabilidade civil.<sup>86</sup>

Ao abordar o tema, Carlos Roberto Gonçalves também traz a lume o requisito de certeza do dano.

O dano certo, a seu ver, seria aquele contraposto ao dano hipotético ou eventual, consistente naquele que pode não se concretizar. Deve, portanto, haver um dano efetivo. Enfatiza o autor que, ainda na apuração dos lucros cessantes, o que razoavelmente deixou de lucrar a vítima se ancora no lucro que, diante de uma probabilidade objetiva, e não mera possibilidade, teria se verificado sem a interferência do evento danoso<sup>87</sup>. Estaria, portanto, condizente ao requisito alusivo à certeza do dano.

Na mesma esteira, Fernando Noronha aduz que apenas os danos certos são passíveis de indenização, consistentes naqueles que restem efetivamente comprovados, estando, portanto, interligados à questão da prova.<sup>88</sup>

Ainda, atento às novas questões que se colocam na realidade e que, em decorrência disso, são levadas à apreciação do Judiciário, insere na discussão afeta à exigência de que haja dano certo, para que se fale em reparação, a perda de uma chance.

Enuncia o autor que “os casos difíceis são os que se situam entre as duas situações-limite indicadas, da possibilidade real e séria e da demasiado hipotética”.<sup>89</sup> E prossegue:

Para além das naturais dificuldades em se saber se alguns danos se inserem entre os certos e os meramente hipotéticos, existem algumas situações em que antes de um determinado fato antijurídico existiam para uma pessoa determinadas possibilidades de obter algo benéfico (obter no futuro uma vantagem, ou inversamente, evitar um prejuízo que depois aconteceu), possibilidades que o dano destruiu irremediavelmente: são casos em que se fala em *perda de chances*.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. p. 49.

<sup>87</sup> GONÇALVES, 2011, p. 357.

<sup>88</sup> NORONHA, 2010, p. 605- 608.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 607.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 608.

Nessas situações, Fernando Noronha encara a situação-problema ainda munido do requisito da certeza do dano. Para tanto, explica que a certeza repousaria na constatação de que o fato antijurídico teria sido o responsável por destruir as chances de obtenção de um benefício ou a chance anteriormente havida de evitar a ocorrência de um prejuízo.

Concluindo, aduz que “mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado”.<sup>91</sup>

Daniel Amaral Carnaúba, atento às definições tradicionalmente consagradas no que se refere ao dano certo, eminentemente imbrincadas à questão da prova - justamente de onde parte Fernando Noronha - aduz ser referida definição insuficiente.

Afirma, assim, que a certeza do prejuízo não emerge da sua prova. O prejuízo certo ocorreria “quando o fato do réu provoca a redução de uma utilidade que favorecia a vítima”, ou seja, na hipótese de determinado bem, material ou imaterial, ser injustamente suprimido do patrimônio jurídico da vítima.<sup>92</sup>

Contudo, chama a atenção para a ocorrência de situações ensejadoras de dano as quais não enunciam a degradação em relação ao *status quo ante*, a exemplo do que se tem no prejuízo tido sob o vértice do lucro cessante.

Destarte, acaba por problematizar, posteriormente, que o conceito que melhor abrangeria todas as hipóteses passíveis de serem tuteladas pelo instituto da responsabilidade civil partiria da comparação entre a situação estabelecida a partir do evento danoso e a situação hipotética em que a vítima estaria não fosse tal ingerência. Obtempera que:

Essa diferença entre a situação hipotética e a realidade é condição necessária, mas também suficiente, à constatação de uma lesão certa a um interesse da vítima. O elemento certeza existe se, e somente se, esse desvio é constatado.<sup>93</sup>

A tese defendida por Daniel Amaral Carnaúba, portanto, enuncia a ocorrência de um dano certo, passível de indenização, na hipótese em que determinado evento desfavorável à situação da vítima ocasiona um desvio entre a

---

<sup>91</sup> NORONHA, 2010, p. 608.

<sup>92</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 51.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 53.

situação em que ela estaria, não fosse a conduta antijurídica imputável ao réu, em relação à situação em que acabou por ser colocada. O dano hipotético, de outro norte, não permitiria referida constatação, na medida em que traria indefinição acerca da situação em que a suposta vítima estaria acaso não praticado o fato imputável ao réu.<sup>94</sup>

Guiado por referida conceituação, sobreleva ressaltar que as hipóteses lidas sob a perspectiva da perda de uma chance partem do desvio existente entre a situação em que a vítima estaria, qual seja, inserta em um processo em curso, findo o qual dada vantagem razoavelmente se realizaria, e a que acabou por se encontrar, com referida chance de obtenção da vantagem suprimida. Denota-se, portanto, que o instituto não parte da presunção da situação em que a vítima estaria, ou seja, não presume que ela teria amealhado a vantagem esperada, mas se assenta no fato de que a posição de detentora de tal chance aniquilou-se por força da conduta de outrem.

Por fim, imperioso ressaltar que a aplicação criteriosa da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil, a partir da perspectiva da certeza do dano, detém a defesa de ninguém menos que Judith Martins-Costa, a qual consigna, ao comentar o artigo 403 do Código Civil Brasileiro, que:

[...] Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por esses motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a relação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.<sup>95</sup>

A doutrina, portanto, mostra-se pacificada ao assentir que o dever de indenizar apenas advém da demonstração de existência de um dano certo, comprovado e aferido, isso se caracterizando como condição necessária à reparação.

---

<sup>94</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 54.

<sup>95</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 391. v. 5. t.2.

### 3.3.3 Dano presente e dano futuro

Fernando Noronha bem define em que consistiriam os danos presentes, em contraposição aos danos futuros. De início, ressalta que referida classificação, ao considerar o tempo alusivo ao dano, faz referência ao momento de sua apreciação pelo magistrado, e não ao momento em que o dano for produzido, se no presente, ou se será vislumbrado apenas no futuro.

Em suas palavras,

*São danos presentes, ou atuais (ou como às vezes também se diz, mas menos adequadamente, pretéritos), os danos efetivamente ocorridos, isto é, os já verificados no momento em que são apreciados; são futuros os danos que só ocorrerão depois desse momento, embora ainda como consequência adequada do fato lesivo. E são danos futuros não só aqueles que constituem prolongamento no tempo de um dano que já existe agora, como aqueles que só se manifestarão mais adiante, embora em decorrência do fato antijurídico lesivo que está sendo considerado.*<sup>96</sup>

Ainda que projetados ao futuro, portanto, os danos assim vislumbrados emergem do fato antijurídico que já se produziu no momento da apreciação pelo magistrado, a quem compete fixar a importância devida a título de indenização.

Fernando Noronha pontua que esta modalidade de dano, o dano futuro, é geralmente visualizada na fixação de pensões, a qual leva em conta a projeção econômica, porvir, da pessoa que restou incapacitada ao trabalho ou à qual sobreveio a morte, considerando-se ser esteio da família.

Sergio Cavalieri Filho<sup>97</sup> enquadra referida categoria de danos nos lucros cessantes e, tal como Fernando Noronha, pontua os elementos que devem ser considerados, pelo juiz, para a fixação de indenização condigna à extensão do dano<sup>98</sup>, a considerar os efetivos ganhos da vítima e a proporção da redução de sua capacidade laborativa.

---

<sup>96</sup> NORONHA, 2010, p. 603.

<sup>97</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 128- 131.

<sup>98</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.

Daniel Amaral Carnaúba comunga do entendimento adotado por Fernando Noronha ao assumir que o tempo presente e futuro são concebidos em relação ao momento em que é proferida a decisão judicial enunciativa do dever de reparar.<sup>99</sup>

Aviado às discussões postas no âmbito do estudo da responsabilidade civil por perda de uma chance, no sentido de sua frequente classificação como dano futuro e incerto, o supramencionado autor enfrenta tais questões.

Aduz, primeiramente, ser falaciosa a conclusão tomada por alguns autores no sentido de emergir o problema da certeza do dano apenas em relação à reparação de prejuízos futuros. A incerteza do dano, obtempera, pode emergir de prejuízo atual, inexistindo relação necessária entre referidas dicotomias (futuro/atual e certo/incerto).<sup>100</sup>

Também argumenta que o prejuízo decorrente da perda de uma chance não seria, necessariamente, futuro. O prejuízo pode ser tanto atual quanto futuro, aduz. E exemplifica o equívoco que se apresenta na origem da afirmação dos autores:

Essa é a razão pela qual alguns autores afirmam que a perda de chance é um prejuízo “futuro”. Tomam por parâmetro o momento do acidente. Naquele instante, o desejo da vítima estava por se realizar – tratava-se de um anseio sobre o futuro. Futuro muito peculiar, que nunca se tornará presente ou passado! Uma vez ocorrido o acidente, não é mais correto afirmar que a chance constitui um prejuízo futuro. Trata-se, na verdade, de uma hipótese, uma hipótese contrafactual. Como poderíamos, por exemplo, afirmar que a perda da chance de se casar é um prejuízo “futuro” para a noiva do falecido, se a data prevista para o matrimônio já transcorreu?<sup>101</sup>

Do exposto vislumbra-se, a despeito da utilização do termo “futuro”, que há uma possível e necessária vinculação entre referido dano e a ingerência de um prejuízo já experimentado. Isso porque o dano futuro nada mais é do que a consequência adequada do fato lesivo praticado.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 111.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> NORONHA, 2010. p. 603.

### 3.4 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade é um dos pressupostos do dever de indenizar, e pode ser definido como a dimensão jurídica da relação de causa e efeito existente entre dois fatos, vale dizer, é o elemento que delimita a conexão entre determinada conduta humana e a consequência danosa dela provinda.<sup>103</sup>

Há quem entenda<sup>104</sup>, outrossim, que o nexo causal abrange, para além da nomeada relação de causa e efeito entre eventos, a própria identificação do ofensor, componente esse tratado por Fernando Noronha em pressuposto individualizado, qual seja, o nexo de imputabilidade. Ciente desse entendimento é que Fernando Noronha adverte ser comum, no meio jurídico, estabelecer-se certa confusão entre nexo de imputação e nexo de causalidade.<sup>105</sup>

Sergio Cavalieri Filho observa que “o conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico”<sup>106</sup>, isso porque, a seu ver, o estabelecimento de vínculo entre determinada conduta e um evento é permeado pelas leis naturais, considerando as regras comuns da experiência.

Sobre o tema, entende o autor o nexo causal envolver referido elemento naturalístico, como também uma avaliação jurídica por meio de um processo técnico de probabilidade a ser considerado pelo juiz da causa, de modo a excluir os fatos irrelevantes à produção do evento danoso.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> CAPELOTTI, João Paulo. Entre certeza e probabilidade: reflexões sobre o nexo causal a partir da jurisprudência do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 86, ano 22, p. 173- 199, mar./abr. 2013.

<sup>104</sup> A autora Fernanda Paes Leme Peyneau Rito compreende que o nexo causal “desempenha uma dupla função na responsabilidade civil, servindo para identificar o responsável pelo dano e, também, serve como parâmetro para a verificação da extensão do dano indenizável”. (RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 51. v.3.).

<sup>105</sup> A seu entender, “a confusão acontece nos casos em que a previsibilidade serve tanto para afirmar a violação de uma regra de conduta (atuação culposa) como para determinar se os danos verificados foram causados pelo fato em questão. Assim, se alguém deixa seu automóvel estacionado numa rua de grande cidade, não trancado e com a chave na ignição, ele certamente vai ser responsável pelos prejuízos a terceiros que sejam resultantes de acidente causado pelo ladrão que eventualmente se apossa do veículo: a conduta culposa do proprietário, que tinha a obrigação de prever a possibilidade do furto, é o nexo de imputação da responsabilidade, enquanto é ao nexo de causalidade que cabe determinar que danos podem ser considerados consequência adequada daquela conduta”. (NORONHA, 2010, p. 500).

<sup>106</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49.

<sup>107</sup> *Idem*.

A despeito disso, assiste-se atualmente a uma revisitação dos pilares do instituto da responsabilidade civil em razão das novas problemáticas postas à análise do Judiciário, podendo-se citar, em especial, o que se tem por sociedade do risco<sup>108</sup> e, nesse contexto, o movimento atinente à reparação integral da vítima.

A reparação integral da vítima seria, nas lições de Fernanda Paes Leme Peyneau Rito<sup>109</sup>, um fim a ser perseguido, consentâneo aos valores existenciais e patrimoniais. Referido movimento aponta para a necessidade de, em determinados casos, flexibilizar o nexos causal a fim de garantir que a vítima seja reparada, rompendo-se com a centralidade que a individuação do responsável pelo dano em regra ocuparia no instituto da responsabilidade civil.

Entretanto, não escapa da questão a devida reflexão no sentido de dever se empregar com cautela referida perspectiva, “seja para não desvirtuar o próprio instituto da responsabilidade, seja para não instrumentalizar a simples transferência da condição de vítima”.<sup>110</sup>

Em outras palavras, a autora assente que:

Se a solidariedade social concretiza-se na transferência de foco da responsabilidade civil para o dano, evidenciado com a relativa perda de importância da culpa e do nexos causal, é verdade que essa mesma solidariedade social impõe, por outro lado, proteção daqueles que não deram causa ao dano face à possibilidade de uma condenação injusta, assim como a necessidade de diluição dos riscos entre o conjunto de agentes que exerçam atividades potencialmente lesivas.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> A sociedade do risco, segundo Fernanda Paes Leme Peyneau Rito, é ancorada no paradigma da distribuição dos riscos provindos do processo de produção industrial, inerentes às novas tecnologias. Denota a autora que são invisíveis os riscos no momento em que criados, de modo que a certeza advinda de um rigor científico não é a tônica deste novo paradigma, e acaba por criar um problema no que toca à atribuição de responsabilidades por danos causados neste contexto. Observa que “ao paradigma da sociedade de risco é apostado o dilema da responsabilidade e, sendo assim, as discussões acerca do risco e da responsabilidade por seus efeitos passam a ser políticas. Isto porque, o mal-estar social passou a repousar sobre o sentimento de incerteza em relação ao risco e, nesse contexto, a resposta jurídica tinha que ser a segurança”. E conclui que “mais recentemente, vem impulsionando o surgimento de novas teorias acerca do nexos causal, tendo em vista que, não raras vezes torna-se impossível determinar uma causalidade material entre uma ação específica e o dano”, isso em razão da coprodução de danos, em última análise. (RITO, 2012, p. 45- 64.).

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 64.

Trabalhados os pressupostos conformadores da responsabilidade civil, e atentos ao panorama contemporâneo do instituto, conforme delineado, possível adentrar no estudo, propriamente dito, da reparação civil por perda de uma chance.



#### 4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Seria de todo esperado que, a um tempo, o direito brasileiro reconhecesse a chance perdida enquanto bem jurídico passível de proteção. Referida perspectiva está alinhada às novas tendências apresentadas no campo da responsabilidade civil, na linha interpretativa da profusão de novos danos, da expansão dos danos indenizáveis e da reparação integral da vítima.

Atento à esperada reticência com a qual, a princípio, vislumbrou-se essa nova perspectiva, foi que Daniel Amaral Carnaúba, muito pertinentemente, asseverou que a ordem jurídica jamais poderia se valer da incerteza para esquivar-se de uma decisão. O direito haveria de romper com a pretensão de onipotência, devendo enfrentar as lacunas que lhe fossem apontadas, de sorte que a responsabilidade civil haveria que acomodar regras compatíveis com o acaso, posto tratarem de questões que se colocam na realidade factual.<sup>112</sup>

A fim de provocar o leitor, o autor supramencionado pontua uma situação na qual se vislumbra, sem maiores dificuldades, que a perda de uma chance compreende uma técnica precisa para tutelar questões que, não fosse ela, certamente incorreriam em injustiças. Permito-me utilizar deste elucidativo exemplo para inaugurar, então, as discussões que merecem ser destacadas quanto ao tema:

Tomemos um exemplo trivial: em razão de um acidente, um candidato se vê impedido de participar do concurso para o qual se preparara. Diante de tal embaraço, ele decide acionar o causador, demandando a reparação de seus prejuízos. Devemos, nesse caso, declarar o réu responsável pela reprovação no concurso? Para tanto, seria necessário pressupormos que a vítima *teria sido aprovada* no exame. Ora, não é possível fundamentar uma decisão sobre esse pressuposto, visto que a aprovação é, nessa hipótese, algo incerto, desconhecido. Devemos então pressupor o contrário, que a vítima *não teria sido aprovada*, exonerando, por consequência, o réu de qualquer dever de reparação? A mesma resposta se impõe.<sup>113</sup>

Nesta esteira, o direito pátrio acabou por reconhecer a reparabilidade do dano decorrente da perda da chance, vergastado em duas modalidades, quais

---

<sup>112</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 09- 10.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 09.

sejam, a perda da chance de alcançar vantagem esperada, e a perda da chance de evitar um prejuízo ocorrido, as quais serão tratadas no presente trabalho.

Munidos desta primeira reflexão, é que vamos adentrar na temática que o presente trabalho se propõe.

#### 4.1 O ADVENTO DA TEORIA NO CENÁRIO JURÍDICO INTERNACIONAL

Tem-se notícia de que a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance foi inaugurada em decisão proferida pela Corte de Cassação Francesa, no ano de 1965. Manejou-se referido instituto em recurso que versava sobre a responsabilidade civil de um médico que, em razão de erro de diagnóstico, haveria suprimido a chance de cura de seu paciente.<sup>114</sup>

A partir dessa decisão inaugural, a Corte de Cassação enfrentou outros casos desta espécie, o que acabou por demarcar, para alguns doutrinadores, a aplicação da teoria tão somente na esfera da responsabilidade civil médica, a ponto de concebê-la enquanto perda de uma chance de cura.<sup>115</sup>

Em período anterior ao supramencionado, contudo, pretensões que poderiam ser avaliadas sob a perspectiva da perda de uma chance, ainda não sistematizada enquanto técnica, entretanto, foram rechaçadas sistematicamente, a exemplo de julgado que remonta a 1896, da Corte de Apelação de Limoges.

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Carlos Brandão Ildefonso Silva e César Leandro de Almeida Rabelo apresentam referido caso em artigo científico por eles desenvolvido<sup>116</sup>. O caso da Corte de Apelação de Limoges tratava de demanda aviada por proprietário de cavalos em face de companhia de transportes, pleiteando indenização devida em razão do atraso na chegada dos animais, imputável à empresa de transporte, o qual frustrou a possibilidade dos animais participarem de

---

<sup>114</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 840, ano 94, p. 11- 36, out. 2005.

<sup>115</sup> *Idem*.

<sup>116</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 24, n. 277, p. 22- 47, jul. 2012.

corrida. O pedido foi rechaçado, contudo, sob o argumento de que inexistia a certeza de vitória dos cavalos na corrida.

Com efeito, em tempo anterior ao desenvolvimento da teoria da perda de uma chance na França com os seus devidos pressupostos e fundamentos, a jurisprudência local enfrentava questões desta natureza sob dois vértices, vale dizer, ou bem rechaçando as pretensões indenizatórias, ou tentando neutralizar a incerteza utilizando-se de presunções de fato.<sup>117</sup>

Mediante referida presunção de fato, ou o juiz concluiria que a vítima obteria a vantagem, sendo a indenização devida, ou presumiria o contrário, de que inexistiria qualquer prejuízo por ela suportado. Nesse diapasão, Daniel Amaral Carnaúba pontua que “o problema da técnica da presunção é que ela incentiva os juízes a desfazer o acaso, o que somente pode ser empreendido quando estes lançam mão de sua fantasia e autoritarismo”.<sup>118</sup>

Problematizando a questão, o eminente autor relata que a reparação de chances não pode ser caracterizada, como alguns o fazem, como a origem de um problema confrontador dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil e do próprio sistema jurídico, mas como a solução encontrada para se haver com situações de incerteza que batem às portas do Poder Judiciário.<sup>119</sup>

Seria, portanto, em sua concepção, uma técnica muito bem desenvolvida e empregada pela jurisprudência francesa. Sobre a questão, bem coloca que:

A peculiaridade da reparação de chances é que, de forma sutil, ela se desvencilha da incerteza que até então impedia a aplicação da regra reparatória. Não é, porém, muito difícil compreender o mecanismo por trás da técnica. Ao contrário dos métodos anteriores, a reparação de chances não ignora a incerteza, tampouco almeja eliminá-la. A álea é simplesmente reacomodada dentro da estrutura da responsabilidade: em razão do deslocamento da reparação, a incerteza deixa de ameaçar a existência do prejuízo e passa a interferir em sua quantificação. E é por esta razão que podemos afirmar que a reparação de chances perdidas envolve sempre uma certeza e uma probabilidade. A primeira – a certeza – é constatada

<sup>117</sup> Nas palavras de Daniel Amaral Carnaúba, “a presunção de fato é um instrumento concedido ao magistrado para que ele possa superar os limites de sua cognição. Trata-se de uma exigência dogmática: o juiz deve inexoravelmente decidir o litígio, e suas dúvidas não lhe servem de pretexto para não cumprir esta missão. Apoiando-se nas probabilidades das provas indiretas, o magistrado poderá presumir os fatos desconhecidos, afastando legalmente suas incertezas”. (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 922, ano 101, p. 139- 171, ago. 2012).

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>119</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 20.

quando da identificação do prejuízo reparável; e a outra – a probabilidade – entra em cena no momento da mensuração do prejuízo.<sup>120</sup>

Para além da França, considerada o berço da teoria, Rafael Peteffi da Silva destaca a aplicação da reparação por perda de chances na *Common Law*, dedicando-se mais pormenorizadamente ao estudo, em sua obra, dos contornos conferidos ao instituto no direito inglês e norte-americano.<sup>121</sup>

O autor pontua que o direito inglês se coloca de um modo refratário à consideração da teoria na seara médica, justamente, diga-se, o contexto em que se desenvolveu o inovador instituto na França.

O direito inglês delimita, de um modo cingido, duas espécies de situações nas quais os tribunais são provocados a apreciar questões afetas à perda de uma chance.

A primeira é representada pelos casos de perda de chance de cura, na seara médica. Inserto nesse contexto, vislumbra-se a existência de um curso de eventos naturais que deveria ser interrompido, pelo médico, a fim de evitar a ocorrência de um prejuízo esperado ao paciente. Nesta perspectiva, concebe-se que o processo aleatório, indevidamente, chegou ao fim, culminando na perpetuação da doença a acometer a vítima.

De outro norte, há a situação na qual o encadeamento natural das coisas, não fosse interrompido, garantiria à vítima a obtenção de alguma vantagem. Aqui se compreende que o processo aleatório foi interrompido antes do fim, causando um prejuízo a então vítima.

Partindo dessa distinção, a teoria somente é bem aceita, pelo direito inglês, na segunda hipótese, sendo que apenas nela a chance é considerada como prejuízo independente do dano final.

De modo contrário, a jurisprudência norte-americana limita-se a tratar a perda de uma chance em casos restritos à esfera médica, conforme assinala Rafael Peteffi da Silva. O autor cita um doutrinador norte-americano, John Goldberg, o qual justifica referida constatação assinalando que a aplicação da teoria implica uma menor certeza em relação aos pressupostos da responsabilidade civil, efeito esse, a

---

<sup>120</sup> CARNAÚBA, ago. 2012, p. 160.

<sup>121</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 177.

seu ver, indesejável, de tal sorte que apenas o bem jurídico saúde humana justificaria artifício dessa feita.<sup>122</sup>

Já na Itália, Sérgio Savi relata atualmente ser teoria bem aceita, em grande parte devido a manifestações favoráveis de grandes juristas, tal como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola. Contudo, referido posicionamento favorável não prevaleceu desde o início da consideração doutrinária e jurisprudencial da teoria. Inicialmente, aduz Sérgio Savi, a doutrina italiana não vislumbra valor econômico nas chances perdidas, o que acabava por obstaculizar a sua reparação enquanto espécie de dano.<sup>123</sup>

Após superar referida questão, delinearam-se alguns parâmetros, na Itália, a título de reparação pela chance perdida. O dano indenizável restringir-se-ia a chance séria e real, esta consistente na indicadora de uma probabilidade de obtenção da vantagem esperada, então frustrada, superior a 50%, tida como dano emergente, e colocando-se como indicativo a arbitração do *quantum* indenizatório em valor inferior àquele em que consistiria a própria vantagem esperada.<sup>124</sup>

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência italianas, ainda, diferenciam a chance de cura de outros danos indenizáveis pela perda de uma chance, entendendo deter naturezas distintas.<sup>125</sup>

Passa-se, então, à apresentação da temática, com seus pressupostos e nuances, no direito brasileiro.

## 4.2 PREMISSAS DO ESTUDO DA REPARAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>123</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>125</sup> O doutrinador italiano Bocchiola, citado por Sérgio Savi, aduz que nos casos de responsabilidade médica a problemática gira em torno do nexo causal entre a ação e o resultado danoso. Enfatiza que por vezes é arbitrada indenização parcial à suposta vítima por haver dúvida sobre a causa do dano. Sintetiza a questão argumentando que “o verdadeiro problema é aquele relativo à causa ou ao concurso de causas na produção do dano, sendo absolutamente incorreto tentar resolver o problema fazendo referência às soluções adotadas a propósito da indenização da chance perdida”. (*Ibidem*, p. 24- 25).

Não isolado das discussões sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance surgidas no cenário jurídico internacional, foi que o direito brasileiro acabou por ser provocado a absorver referida técnica em razão de situações, ao Judiciário levadas, em que a “vítima veio a sofrer uma lesão em seus interesses sobre um evento aleatório”.<sup>126</sup>

O insigne doutrinador Fernando Noronha bem localiza a questão ao afirmar que a possibilidade de reparação de danos relativos à perda de uma chance se coaduna às novas tendências observadas no instituto da responsabilidade civil, em especial, a expansão dos danos indenizáveis.<sup>127</sup>

Glenda Gondim destaca que “no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria teve sua aplicação tardia e, timidamente, vem ocupando relevante papel nas decisões judiciais que versam sobre o tema da responsabilidade civil”.<sup>128</sup>

A antessala da recepção da responsabilidade civil por frustração de chances, no Brasil, localizou-se no enfrentamento de questões afetas à temática pelos operadores do direito, vale dizer, a atividade criativa das decisões judiciais aqui detém particular importância.

Ainda que não se coloque como caso pioneiro de aplicação da teoria nos tribunais brasileiros<sup>129</sup>, foi com o caso conhecido como “Show do Milhão”<sup>130</sup> que ganhou expressão na experiência jurídica brasileira, sendo destacado nas principais obras que se dedicam a este estudo no Brasil.<sup>131</sup>

O caso “Show do Milhão”, em apertada síntese, trata da pretensão indenizatória manejada por telespectadora que participou do programa televisivo de igual denominação, conduzido por Silvio Santos. Nesse popular programa perguntas de conhecimentos e curiosidades gerais são formuladas ao participante, sequencialmente, e, ante os acertos, ele vai galgando prêmio o qual pode chegar ao

<sup>126</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 25.

<sup>127</sup> NORONHA, 2010, p. 698.

<sup>128</sup> GONDIM, 2010, p. 51.

<sup>129</sup> Sérgio Savi noticia que o primeiro acórdão a abordar a responsabilidade civil por perda de uma chance data de 1990, de lavra do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. (SAVI, 2009, p. 48).

<sup>130</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459/BA. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501724109&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

<sup>131</sup> Fazem alusão ao caso paradigma “Show do Milhão” Glenda Gonçalves Gondim (A Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance, 2010, p. 52), Sérgio Savi (Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, 2009, p. 75) e Rafael Peteffi da Silva (Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance, 2013, p. 203), entre outros.

valor máximo de um milhão de reais. Chegando à última pergunta o participante, que necessariamente já conta com um prêmio de quinhentos mil reais, tem de optar por responder à “pergunta do milhão”, pondo em risco a quantia já alcançada: acertando-a, ganha o prêmio máximo, e errando-a, sai do programa com apenas trezentos reais. Detém, ainda, a opção de não respondê-la, caso em que sairia do programa com a quantia de quinhentos mil reais já obtida.

No caso em questão, a autora da demanda optou por salvaguardar o montante de quinhentos mil reais que já havia adquirido e, portanto, não responder à “pergunta do milhão”. Alega em sua inicial, contudo, que a parte requerida agiu de má-fé na medida em que a última pergunta, ao modo em que foi formulada, não detinha resposta. Sob esse fundamento, então, pleiteou a indenização correspondente, a qual foi lida, tanto pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a perspectiva da perda de uma chance.

Destarte, tanto a doutrina como a jurisprudência foram gradativamente acomodando a temática ao sistema jurídico pátrio sendo que, para tanto, algumas premissas norteadoras à aplicação da perda de uma chance foram traçadas no âmbito da responsabilidade civil.

#### **4.2.1 A perda de uma chance como dano autônomo**

Num primeiro momento, o sistema jurídico pátrio observava com ressalvas a existência de dano consubstanciado na perda de uma chance.

É o que anota Daniel Amaral Carnaúba ao ressaltar que a recusa sistemática de indenizações desta feita repousava no argumento de que do interesse aleatório não poderia advir certeza de prejuízo, tampouco de nexo causal. O interesse aleatório era, assim, ignorado, tido por inexistente.

Ao abordar a questão afeta a álea, o supracitado autor aduz ser ela, em suas palavras, o núcleo duro dos casos de perda de uma chance. E, sobre o resultado aleatório almejado pela vítima, exemplifica caracterizar-se como “um resultado cuja realização ou não realização não era, até então, um elemento que

fazia parte de seus conhecimentos. A realização de seus desejos era uma simples possibilidade, e nada mais”.<sup>132</sup>

Contudo, aos poucos tanto a doutrina quanto a jurisprudência foram absorvendo a concepção de que na incerteza de um resultado repousaria um interesse legítimo a ser tutelado pelo ordenamento jurídico. A legítima expectativa de uma pessoa no sentido de alcançar vantagem futura, ao ser aniquilada, certamente caracterizaria um prejuízo para ela. Anteriormente ao fato antijurídico imputado ao ofensor, chance havia de a vítima obter o resultado por ela esperado; após, contudo, nem mais chance lhe assistiria.

Nas bem elucidativas palavras empregadas por Daniel Amaral Carnaúba,

Se normalmente é possível aguardar o desfecho de uma chance, visto que toda a chance tende a se resolver a favor ou contra seu beneficiário, depois da intervenção do réu essa hipotética conclusão permanecerá, eternamente, relegada ao desconhecido. O ato falseou o processo aleatório, de modo que a chance tornou-se um *natimorto*; anulada antes mesmo de vir ao mundo.<sup>133</sup>

No desenvolver do tema, muitos doutrinadores passaram a entender a chance enquanto dano autônomo. Entretanto, há entendimentos divergentes acerca desta questão.

Daniel Amaral Carnaúba aduz que esse conceito defendido pela maior parte da doutrina, na qual o autor não se encaixa, é um conceito relacional, ou seja, que traduz a existência de autonomia, de independência da lesão decorrente da perda da chance em relação à perda da vantagem esperada.<sup>134</sup>

Aqueles que defendem a perda da chance como dano autônomo, o fazem no sentido de individualizá-la enquanto bem jurídico distinto da vantagem pretendida, vale dizer, a chance em si considerada faria parte do patrimônio jurídico da vítima.

Denota-se que os autores que se inserem nesta corrente compreendem a perda da chance como dano autônomo justamente pretendendo assim assinalar que a reparação pretendida não decorre da vantagem não alcançada, eis que mesmo não ocorrendo o fato imputável ao ofensor a vantagem poderia não se concretizar

---

<sup>132</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 25- 26.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 129.



em razão da álea a ela imanente. Estaria, assim, o dever de indenizar atrelado à chance perdida, à oportunidade subtraída do patrimônio jurídico da vítima em razão da conduta de outrem, e não à vantagem não alcançada.

É nesse sentido que Cristiano Chaves de Farias entende que “a perda de uma chance, assim, é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura”.<sup>135</sup>

Já Anderson Schreiber, ainda que demonstre se clivar ao entendimento no sentido da independência existente entre a chance perdida e a vantagem esperada, ao anunciar que “a teoria da perda da chance atribui relevância jurídica a essa oportunidade perdida, independentemente do resultado que se produziria ou não”<sup>136</sup>, não a insere na categoria de um novo dano, concebendo-a mais como “um convite à revisão do próprio conceito de dano (e de causalidade) no direito atual”.<sup>137</sup>

Também alinhada à parcela da doutrina que vislumbra a existência de um dano autônomo no que toca à perda da chance, Vaneska Donato Araújo assevera que “a perda da chance de auferir benefício ou evitar evento desfavorável constitui prejuízo específico e é independente do prejuízo final”. Para tanto, fundamenta ser certo apenas o dano decorrente da perda da chance, e não o prejuízo que adviria da não obtenção da vantagem esperada, pela autora indicado como prejuízo final, eis que a vantagem poderia jamais se realizar.<sup>138</sup>

Observa-se, contudo, que a controvérsia existente na doutrina acerca da independência, ou não, da chance perdida em relação ao prejuízo final (que seria a não obtenção da vantagem esperada, como a vitória em um concurso, ou o não evitar a ocorrência de um prejuízo, tal qual a morte), geralmente vem permeada por discussões que se fundamentam em categorias conceituais distintas.

O que se está a dizer, explico, é que enquanto alguns autores empregam a terminologia “dano autônomo” visando demonstrar a existência de um dano certo consistente na perda da chance, o qual não se confundiria com o prejuízo afeto ao

<sup>135</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 406, ano 105, p. 91, nov./dez. 2009.

<sup>136</sup> SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>138</sup> ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2009. p. 443.

não gozo da própria vantagem, os defensores da não autonomia das chances perdidas justificam seu entendimento na relação necessária existente entre a chance perdida e o resultado final sob outro enfoque.

Na concepção desses últimos, não há como conceber uma cisão entre a chance perdida e a vantagem almejada na medida em que a quantificação do dano fica em dependência do resultado final esperado, como também a existência da chance é verificada tendo por base a efetiva probabilidade de a vítima alcançar o resultado almejado. Isso por si só subordinaria a chance perdida ao resultado final esperado, defende essa última corrente.

Justamente fundamentando-se nessa segunda perspectiva enunciada é que Daniel Amaral Carnaúba entende não vingar a suposta autonomia que alguns creem existir entre a chance perdida e a vantagem final. E justifica seu posicionamento afirmando que:

O interesse sobre a chance e o interesse sobre a vantagem final estão inevitavelmente ligados, porquanto se reportam a um mesmo objeto: a vantagem em questão. O único elemento que os diferencia reside – emprestando a expressão de Keynes – no grau de *crença racional* acerca da obtenção dessa vantagem. O interesse sobre a vantagem é o interesse de obter *certamente* essa vantagem, enquanto o interesse sobre a chance é o interesse de obter *provavelmente* essa mesma vantagem. Ora, é impossível imaginar um desses interesses dissociado do outro.<sup>139</sup>

A sustentada subordinação existente entre a chance e a vantagem final, nas lições do autor, se expressam por intermédio de três fatores, a saber, a subordinação quanto à existência, a subordinação quanto à extensão e, por fim, a subordinação quanto à reparação.

A subordinação quanto à existência é verificada pelo fato de apenas poder conceber a reparação por chance perdida na hipótese de a vantagem final não mais ter meios de ser obtida.

No que tange à subordinação quanto à extensão, Daniel Amaral Carnaúba a define em razão da chance perdida representar, a título de quantificação do dano, uma fração da vantagem almejada.

E, por fim, o autor localiza a subordinação quanto à reparação na imperiosa impossibilidade de reparar-se, conjuntamente, dano decorrente da perda de uma

---

<sup>139</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 130.

chance e aquele proveniente da perda da própria vantagem esperada, eis que incidem sobre o mesmo objeto.

Em que pese o fato de defender a subordinação existente entre a chance perdida e a vantagem esperada, daí rechaçar a tese de autonomia entre essas esferas, certamente admite a distinção que há entre elas. Concebe, portanto, distinção, e não autonomia, como alguns pretendem, entre o dano decorrente da perda de uma chance e o proveniente da perda da própria vantagem esperada. Por oportuno, obtempera que:

A afirmação da autonomia entre a perda da chance e a perda da vantagem desejada é uma busca fadada ao fracasso. O interesse sobre a chance é sem dúvida um interesse *distinto* do interesse sobre a vantagem final. Distinto – e é difícil de evitar as tautologias – porque a chance de obter um bem não se confunde com esse próprio bem. Contudo, jamais poderíamos afirmar que o interesse sobre a chance é *independente* ou *autônomo* em relação ao interesse sobre a vantagem desejada. O interesse sobre uma chance apenas incorpora um grau de crença racional mais brando, se comparado ao interesse sobre a própria obtenção da vantagem em questão. Logo, para avaliarmos uma lesão ao primeiro, teremos de considerar a lesão ao segundo, inevitavelmente.<sup>140</sup>

Pertinente esclarecer que, a despeito do fato de a doutrina predominante conceber o dano decorrente da perda da chance como dano autônomo, não há notícia de trabalho que esmiúce de modo tão apropriado o conceito como o fez Daniel Amaral Carnaúba. Assim, impossível desconsiderar a possibilidade de a doutrina majoritária estar, a bem verdade, reconhecendo a distinção entre os danos, e não propriamente a sua autonomia conforme intitulam.

#### 4.2.2 A chance séria e real

Consagrou-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, um critério que se presta a delimitar a perda da chance que merece ser tutelada pelo direito de maneira tal que apenas dela advém o dever de reparar.

---

<sup>140</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 131.

Referido critério contempla a existência da chance séria e real, parâmetro objetivo do qual de forma unânime os tribunais têm se valido, na aplicação do instituto da responsabilidade civil voltado à reparação por perda de uma chance, com o fito de cingir as hipóteses indenizáveis daquelas que enunciam danos eventuais e meramente hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.

Em julgamento recente o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de apreciar pleito indenizatório formulado por empresa que pretendia concorrer em processo licitatório, contudo em razão de falha inescusável no serviço de entrega de correspondências, perdeu a chance de participar da concorrência pública na medida em que a oferta formulada pela empresa não chegou a tempo no destino.

Debruçando-se sobre o caso, entendeu-se pela configuração de uma chance séria e real e, em decorrência disso, pelo dever de indenizar a chance perdida. O relator do acórdão proferiu voto, acerca da questão, nos seguintes termos:

Assim, indubitável a seriedade da chance perdida em decorrência do fato ilícito e culposo da empresa de correios que contribuiu diretamente para o prejuízo quanto à probabilidade de uma futura contratação com a Administração Pública.

Extraí-se dos autos que não se tratava de mera expectativa de direito, mas, sim, de uma chance objetiva, pois o recorrido provavelmente ganharia a licitação caso os seus preços, em alguns produtos, fossem conhecidos pela Administração, porquanto inferiores aos propostos à época por outros licitantes, o que desafiou acertadamente a incidência do art. 159 do Código Civil de 1916.<sup>141</sup>

Intimamente ligada à existência de chance séria e real está a questão afeta à certeza do dano que, conforme no presente trabalho anteriormente pontuado, apresenta-se pacificamente na doutrina enquanto condição intrínseca ao dano indenizável. Apenas o dano certo, destarte, seria passível de indenização.

Nesta esteira, observa-se que os autores que se dedicam ao estudo da perda de uma chance, ao pontuarem o critério da seriedade e realidade da chance perdida pela vítima, objetivam justamente demonstrar a existência de um dano certo nessa perda experimentado. O critério da chance séria e real, assim, coaduna-se à

---

<sup>141</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 614.266/MG. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: BH Farma Comércio Ltda. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302223827&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 set. 2013.

exigência da certeza do dano, em contraposição à ausência do dever de reparar danos hipotéticos ou eventuais.

O prejuízo que advém da chance perdida, enuncia Daniel Amaral Carnaúba, é erigido na certeza. O deslocamento da reparação, que não se consubstancia na vantagem aleatória pretendida, mas na própria chance perdida, demonstra estar-se na seara da certeza do dano.<sup>142</sup> O nexo de causalidade, neste norte, liga a conduta interruptiva do processo aleatório à perda da chance em si considerada, e não aquele evento ofensor à expectativa vantagem não realizada; se assim o fosse, aí sim, poder-se-ia cogitar de dano meramente hipotético, não indenizável, portanto.

É de se ressaltar, contudo, que, apesar de aqueles que se debruçam sobre o tema em questão observarem, de modo pacífico, referido critério, ao adentrar acerca da definição, propriamente, do que seriam as chances sérias e reais enunciadoras de um dano passível de reparação, algumas controvérsias exsurgem.

Primeiramente alguns doutrinadores pontuam a dificuldade de enquadrar, objetiva e aprioristicamente, o que seria a chance séria e real.

Neste norte, Rafael Peteffi da Silva, grande estudioso do tema, adverte que “a verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza. Assim, somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances”.<sup>143</sup> Daniel Amaral Carnaúba indica, neste diapasão, a dificuldade de impor limites à chance por ser ela um objeto abstrato, desprovido, portanto, de dimensão material.<sup>144</sup>

Conforme consignam, portanto, os estudiosos do tema acabam por deixar em aberto a definição da categoria a que alude a chance séria e real, vislumbrando a necessidade de o juiz da causa perquirir se está diante de um interesse tutelável pelo ordenamento jurídico.

Ao abordar a questão do grau do interesse abarcado pela chance perdida, por sua vez, Rafael Peteffi da Silva está a apreciar a intensidade da probabilidade que existiria de a vantagem esperada se aperfeiçoar, não fosse a conduta imputável a outrem, interruptiva do processo aleatório em curso. De um lado, portanto, colocar-se-ia a existência de chance séria e real de obter a vantagem esperada e, de outro,

---

<sup>142</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 109.

<sup>143</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 150- 164.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 123.

a simples esperança subjetiva não ensejadora do dever de reparar.<sup>145</sup> A esperança subjetiva, a qual não deve ser tutelada enquanto interesse jurídico, na mesma linha é abordada por outros autores que se dedicam à temática.

Daniel Amaral Carnaúba admite que a técnica em que consiste a reparação por chance perdida tenderia, não fosse a inserção de alguma espécie de limite conceitual, a ser vulgarizada ao que denomina de direito ao sonho, apercebendo-se que acabaria por ser imputado ao réu um dever de reparar toda a sorte de aspirações da vítima, abrangendo tudo o que perpassasse por sua imaginação.<sup>146</sup>

Glenda Gondim<sup>147</sup> aborda, no que toca à questão ora tratada, que é de se repelir o emprego da chance como “salvador da pátria”, ou seja, enquanto artifício empregado pelo ofendido como última oportunidade de haver reparado do fato antijurídico que entende haver experimentado. A reparação por chances, pontua, “não pode ser utilizada de forma abusiva na tentativa de definir um nexo causal inexistente, apenas para que algum valor seja recebido pela vítima”.<sup>148</sup>

Esses parâmetros nos quais o julgador deve se pautar se justificam no fato de ser necessário coibir reparações indiscriminadas e oportunismos, pois, como assente Glenda Gondim, isso implicaria num clima de inquietação social. Pontua, nesse sentido, a necessidade de cautela para não se esvaziar a teoria, enfatizando que a demonstração, pela vítima, da existência de um mínimo de probabilidade de que se perfectibilizaria a vantagem esperada, não fosse a conduta do ofensor, bem atende a esse propósito.

A autora bem exemplifica a questão ao assinalar que:

A teoria da perda de uma chance deve ser analisada com grande cuidado e rigor para evitar demandas infundadas. Por exemplo, não é possível admitir um pedido com fundamento na teoria da perda de uma chance, fundado em acidente que tenha ocasionado o esmagamento dos dedos da mão direita de um indivíduo que pretendia ser um famoso pianista, porém nunca frequentou uma aula de piano, ou não treinava com afinco, ou até mesmo não possuía talento algum. Essa pessoa não tem como comprovar a probabilidade que teria de alcançar grande sucesso, acaso gozasse de plena saúde e sua mão direita estivesse em perfeitas condições. Assim não há que se falar em reparação por chances.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> SILVA, 2013, p. 138.

<sup>146</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 123.

<sup>147</sup> GONDIM, 2010, p. 88.

<sup>148</sup> *Idem*.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 91.

Aceita-se de forma pacífica, portanto, a questão afeta à impossibilidade de tutelar meras esperanças subjetivas, expectativas da suposta vítima desprovidas de substrato, porquanto não enunciadoras de probabilidade objetiva de ocorrência do evento desejado.

Não com a mesma tranquilidade, contudo, é aceita a imposição apriorística, pela doutrina, de percentuais indicativos de quais seriam as chances passíveis de reparação.

A doutrina minoritária, da qual podem ser citados Sérgio Savi<sup>150</sup> e Sergio Cavalieri Filho<sup>151</sup>, entende que apenas detém relevância jurídica a chance sob a qual se possa fazer a prova de uma probabilidade mínima de 50% de obtenção do resultado esperado. Em outras palavras, a demonstração da existência de chance séria e real ficaria em dependência da comprovação de que, não fosse o evento ofensor, a vantagem esperada teria ao menos a probabilidade de 50% de se concretizar.

Imperioso destacar, entretanto, que prevalece na doutrina nacional orientação divergente da acima referenciada.

Expressão de referido entendimento é encontrada no autor Fernando Noronha, o qual leva em conta o grau de probabilidade de realização da vantagem esperada apenas no momento da quantificação da indenização, não situando referido parâmetro na análise da existência de chance séria e real a ser tutelada. Elucidativas as palavras empregadas, a esse título, por Fernando Noronha:

[...] em primeiro lugar importa averiguar se a chance perdida era *real e séria*: se for, haverá obrigação de indenizar, se ela tiver caráter meramente hipotético, não. E para saber se a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às “regras de experiência comum subsumidas pela observação do que ordinariamente acontece”, como se dispõe no art. 335 do Código de Processo Civil. Em segundo lugar, nos casos em que a chance era real e séria, vai ser necessário estimar o valor desta. Para tal efeito, é preciso considerar a álea presente no caso concreto; o valor da

---

<sup>150</sup> Nas palavras do autor “não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente”. (SAVI, 2009, p. 65- 66).

<sup>151</sup> Neste sentido, o autor afirma que “a perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82).

chance só pode ser aferido através do cômputo do *grau de probabilidade*, que havia, de vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa.<sup>152</sup>

Daniel Amaral Carnaúba do mesmo modo entende não ser pertinente a imposição apriorística de limites rígidos, matemáticos, a fim de delimitar o que seria a chance séria e real evocadora da responsabilidade civil por perda desta chance:

Em nosso ver, esta imposição pode gerar discriminações injustificáveis. Se o objetivo é separar as chances relevantes daquelas que não o são, nenhuma cifra estabelecida *a priori* poderá servir de critério. Isto porque o problema das chances perdidas surge nas mais variadas situações, em algumas das quais uma chance de poucas probabilidades pode representar um interesse muito relevante para a vítima. E em outras, chances muito prováveis podem não ter valor algum. (...)

A adoção de um patamar mínimo de probabilidades – pouco importa qual seja o valor eleito – é uma solução simplista e inadequada, tendo em vista a diversidade dos interesses sobre probabilidades. Um número, escolhido arbitrariamente, jamais poderia servir de divisor de águas entre as chances relevantes e as chances irrelevantes para o Direito.<sup>153</sup>

Rafael Peteffi da Silva<sup>154</sup> também comunga desse entendimento, e enfatiza ser a posição predominante na doutrina e jurisprudência pátrias, ilustrando a questão valendo-se da transcrição do Enunciado 444 proposto na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

Enunciado 444. Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.<sup>155</sup>

Destarte, a interpretação do disposto na segunda parte do supramencionado Enunciado bem pontua o indicativo da chance séria e real como aquela merecedora de tutela jurídica. Contudo, na esteira do posicionamento predominante na doutrina

<sup>152</sup> NORONHA, 2010, p. 705.

<sup>153</sup> CARNAÚBA, 2012, p. 164-165.

<sup>154</sup> SILVA, 2013, p. 142.

<sup>155</sup> BRÁSILIA. **Enunciado n. 444.** Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2013.



e jurisprudência pátrias, propõe a ruptura com qualquer parâmetro apriorístico no que toca à definição dessa categoria, sendo de ser analisada a sua configuração caso a caso.

De toda a sorte, é imprescindível que, a despeito da inexistência, para alguns autores, de um parâmetro percentual a indicar o que seria a chance séria e real, essa seja de algum modo demarcada e cingida de danos hipotéticos.

Neste sentido, Anderson Schreiber<sup>156</sup> destaca que nas hipóteses em que a chance de sucesso é absolutamente irrisória, apesar de a perda da chance continuar tecnicamente existindo, “a melhor doutrina tem advertido que a probabilidade de sucesso poderá ser ‘tão desprezível que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela jurídica’”.<sup>157</sup> E continua:

Não se trata, a rigor, de negar existência à perda da chance, mas simplesmente de rejeitar o exercício concreto da pretensão indenizatória, em atenção a outras regras e princípios do ordenamento jurídico (princípio da insignificância, etc). Não raro, contudo, a jurisprudência vislumbra aqui dano hipotético, desconsiderando a oportunidade ínfima de sucesso.<sup>158</sup>

Neste norte, há quem sinalize que meras esperanças da vítima são categorias que se distinguem das chances sérias e reais. O Superior Tribunal de Justiça tem indicado a impossibilidade de reparação das chances não palpáveis, “que dependeriam para sua própria existência de outros fatores que não o simples desenrolar dos fatos”.<sup>159</sup>

Denota-se, do exposto, ainda que eventualmente os estudiosos do tema persigam parâmetros distintos ao efeito de delimitar a compreensão das chances sérias e reais, ora apresentando limites apriorísticos, ora propondo um conceito aberto a ser manejado caso a caso, que uma constante é a conclusão no sentido de que as pretensões formuladas nesse contexto devem ser sopesadas, cingidas de danos hipotéticos. Os qualificativos encabeçados pela seriedade e realidade da chance perdida, a toda evidência, prestam-se a tanto.

---

<sup>156</sup> SCHREIBER, 2011, p. 81- 102.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>158</sup> *Idem*.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 96.

#### 4.2.3 Classificação do dano proveniente da perda de uma chance

Discussão também presente na doutrina é afeta à classificação do prejuízo consistente na perda de uma chance de obter vantagem esperada ou de evitar a ocorrência de um prejuízo.

Aqueles que se dedicam ao estudo do tema não raro pretendem enquadrar referido dano nas categorias delineadas no direito pátrio, circunscritas ao dano moral e dano patrimonial, este, por sua vez, expresso através do dano emergente ou do lucro cessante.

Há, ainda, autores que concebem o dano advindo da perda da chance como terceira espécie de dano, entendendo não se amoldar aos tipos de danos já conhecidos pelo ordenamento jurídico, “pois difere da perda de um resultado final e se enquadra como perda da chance de alcançar um resultado. É um prejuízo que decorre da lesão de um bem jurídico diverso”.<sup>160</sup>

Nessa corrente se insere o autor Silvio de Salvo Venosa, o qual define a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, aposto ao lado dos danos emergentes e dos lucros cessantes, por entender em nenhuma das categorias existentes bem se enquadrar.<sup>161</sup> A frustração na percepção de ganhos que eram esperados pelo desenrolar de um processo que acabou por ser interrompido, a seu ver, não seria explicada a contento pelas expressões de danos traduzidas no sistema jurídico.

Certo é que essa questão é objeto de muitas controvérsias, os Tribunais pátrios colocando-se como exemplo das mais variadas possíveis concepções que possam advir do cenário do instituto da responsabilidade civil sob o prisma da reparação por chance perdida.

O que, de todo o modo, coloca-se de maneira terminantemente inadequada, conforme obtempera Sergio Cavalieri Filho, é a condenação judicial materializada

---

<sup>160</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 181-182. v. 3.

<sup>161</sup> VENOSA, 2011, p. 40.

sob o aspecto da perda da própria vantagem, e não pela perda da oportunidade de obtê-la, teor esse que ainda é observado em decisões judiciais.<sup>162</sup>

Exemplo evidente de desacerto de decisão judicial fundamentada na perda de uma chance alude a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Referida decisão maneja o conceito do instituto aplicado à responsabilidade civil de advogado em hipótese de perda de prazo judicial. A indenização, contudo, foi arbitrada no valor equivalente aos créditos trabalhistas pleiteados na demanda, nestes exatos termos:

Assim, demonstrada a perda da chance da autora em ver-se ressarcida judicialmente pelos seus créditos trabalhistas, resta apenas quantificá-los. Nesse ponto, tem-se que o cotejo realizado com a ação movida (em caso semelhante) permite que se chegue a uma quantia aproximada do que receberia efetivamente a autora, técnica permitida pela aplicação da equidade ao caso.<sup>163</sup>

A discussão que envolve a perda da chance como ensejadora de dano moral ou patrimonial não demanda maiores problematizações, eis que facilmente aferível em sua origem a depender do interesse que esteja em jogo, se extrapatrimonial, se patrimonial.<sup>164</sup>

A despeito disso, mais comumente se observam hipóteses em que a perda da chance repercute no patrimônio material da vítima, daí as discussões mais calorosas na doutrina versarem acerca do enquadramento do prejuízo enquanto dano emergente ou lucro cessante.

---

<sup>162</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 84- 85.

<sup>163</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n.º 71001196195. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Nair Lauxer Klein. Recorridos: Nestor Alfeu Wuttke e Clarissa Wuttke. Relator Ricardo Torres Hermann. Julgamento: 12 de julho de 2007. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 22 set. 2013.

<sup>164</sup> Sérgio Savi denota a existência de decisões judiciais a considerar a perda da chance como mero agregador do dano moral, e critica referida posição assinalando que acabam por ignorar a “possibilidade de a frustração da oportunidade causar também danos de natureza patrimonial, cumulativamente ou não aos danos morais”. Ainda, sendo o autor tributário do entendimento de que o prejuízo decorrente da perda da chance assume a característica de dano emergente, posiciona-se no sentido de não poder se falar em prejuízo exclusivamente moral, senão quando o dano patrimonial não puder ser aferido pela ausência de seus requisitos. (SAVI, 2009, p. 57). Em sentido divergente se coloca a autora Vaneska Donato Araújo, a qual exemplifica situações nas quais a perda de oportunidade acarreta dano exclusivamente moral, como a chance de casamento. (ARAÚJO, 2009, p. 444).

Sérgio Savi entende ser a reparação afeta à perda de uma chance devida a título de danos emergentes. Pode-se interpretar o entendimento do autor bem localizando em que consiste o prejuízo. Como o prejuízo advém da chance perdida, a qual é certa, a reparação seria devida pelo montante pecuniário representativo da oportunidade enquanto patrimônio anterior da vítima. O autor rechaça a classificação do prejuízo enquanto lucro cessante, de outro vértice, por este dizer respeito à própria vantagem não alcançada, a qual, contudo, seria desprovida do elemento da certeza.<sup>165</sup>

A autora Isabela Melo Rêgo Azevedo do mesmo modo indica a impropriedade de se conceber o dano advindo da perda de uma chance como lucro cessante. Primeiramente, aduz serem danos de categorias distintas, como também assevera que a identificação dos lucros cessantes se dá por intermédio do liame causal entre a conduta do ofensor e o dano final, que não é, contudo, o dano indenizável a que a teoria se propõe.<sup>166</sup>

Neste mesmo sentido, e por equânimes fundamentos, Daniel Amaral Carnaúba afirma que a chance perdida é um dano emergente, eis que a reparação visaria suplantir a destruição da chance, a qual integrava patrimônio anterior do interessado. Bem sintetiza a questão rechaçando a concepção de alguns autores que enquadram o prejuízo em voga como lucro cessante, nos seguintes termos:

A essa concepção, pode-se replicar que a técnica da reparação de chances indeniza, não a perda da vantagem ou da melhora desejada, mas a privação da oportunidade de obter essa vantagem. Ora, se aquelas perdas configuravam a frustração de um ganho, esta constitui, sempre, uma piora efetiva imposta à vítima. A reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Trata-se, portanto, de um dano emergente.<sup>167</sup>

Já o autor Fernando Noronha, o qual classifica o instituto em duas modalidades, a saber, a perda da chance de obter uma vantagem futura e a perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido, assevera que naquela a

<sup>165</sup> SAVI, 2009, p. 100- 101.

<sup>166</sup> AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. A natureza jurídica da chance perdida à luz do princípio da dignidade humana. **Revista da ESMape**, v. 15, n. 31, p. 289- 316, jan./jun. 2010.

<sup>167</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 169.

perda da chance traduziria um lucro cessante, ao passo em que nesta caracterizaria um dano emergente.<sup>168</sup>

À luz do exposto, pertinente ressaltar que os embates observados no que toca à classificação do dano proveniente da perda de uma chance, em especial quando o prejuízo experimentado é de ordem patrimonial – ora enquadrado como dano emergente, ora como lucro cessante - detêm maior relevo teórico do que prático, por assim dizer.

Em o prejuízo sendo tido sob a perspectiva de dano emergente, estar-se-ia partindo da chance enquanto conformadora do patrimônio jurídico da vítima anterior à conduta assumida pelo ofensor. De outro vértice, aqueles que leem o prejuízo sob a perspectiva do lucro cessante o fazem relacionando-o ao montante que a vantagem esperada consistiria, enquadrando-o, portanto, como frustração de um ganho.

Refletindo sobre tais questões, assemelha-se deter maior respaldo jurídico e coesão teórica a perspectiva do dano consistente na perda de uma chance sob o enfoque do dano emergente. Com efeito, o instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance assenta-se no pressuposto de que certas chances detêm relevância jurídica, sendo certo que a articulação teórica centra-se, em última análise, na própria chance, perspectiva a qual é refletida por intermédio da leitura afeta ao dano emergente.

#### **4.2.4 Parâmetros de quantificação do dano decorrente da perda de uma chance**

A quantificação das chances perdidas é noticiada pelos autores como critério de grande relevância dentro do tema em questão.

Justamente esse critério é o responsável por absorver a álea imanente à situação<sup>169</sup>, na medida em que a doutrina majoritária dela não se vale, objetivamente, para aferir a existência do prejuízo consistente na perda da

---

<sup>168</sup> NORONHA, 2010, p. 699- 700.

<sup>169</sup> CARNAÚBA, 2012, p.162.

chance.<sup>170</sup> A afirmação de Daniel Amaral Carnaúba no sentido de que “a incerteza deixa de afetar a existência do interesse, e passa a determinar o *quantum* da indenização”<sup>171</sup>, guarda correspondência com o exposto.

Em outras palavras, parte-se da certeza do dano traçando-se o nexo de causalidade entre o evento ofensor e a própria perda da oportunidade. O ponto de contato com a vantagem esperada, assim, aparece ao se abordar a questão afeta à quantificação do dano.

Neste ponto o direito dialoga com conceitos estatísticos, fazendo uso de relações de probabilidade.

A doutrina, assim, enuncia que a indenização pela chance perdida deve refletir a probabilidade que a vítima detinha de alcançar a vantagem esperada, ou de evitar o prejuízo ocorrido. Referido parâmetro, nesses moldes, traduz o valor da chance em um percentual sobre o valor do dano final corporificado pela oportunidade almejada.<sup>172</sup>

Afinada ao critério consagrado pela doutrina é que justamente se assinala que a indenização pela perda de uma chance jamais poderia equivaler “à vantagem que teria sido gerada pela plena realização da chance”.<sup>173</sup> Esta constatação advém, logicamente, do fato de o valor da chance ser aferido em percentual sobre o valor do prejuízo final, sendo, assim, em montante a ele inferior.

Esse critério de probabilidade foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça justamente ao caso considerado paradigma da teoria no cenário jurídico nacional, o caso “Show do Milhão”.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> É de se ressaltar, contudo, que a despeito da doutrina majoritária não se valer de critérios apriorísticos de probabilidade necessários à conformação da chance perdida como séria e real e, portanto, indenizável, impõe-se alguma apreciação, ainda que subjetiva e casuística, pelo juiz da causa. Esta apreciação visa rechaçar demandas infundadas posto fundamentadas em meras esperanças e não em interesse legítimo da suposta vítima. É neste sentido que a autora Vaneska Donato Araújo assevera que “se a chance perdida era ínfima, o prejuízo será considerado meramente eventual e não reparável”. (ARAÚJO, 2009, p. 446). Anderson Schreiber também chama a atenção para os casos extremos, e destaca que nas hipóteses em que a chance de sucesso é absolutamente irrisória, apesar de a perda da chance continuar tecnicamente existindo, “a melhor doutrina tem advertido que a probabilidade de sucesso poderá ser ‘tão desprezível que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela jurídica’”. (SCHREIBER, 2011. p. 94).

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>172</sup> ARAÚJO, 2009, p. 448- 449.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 448.

<sup>174</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459/BA. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501724109&pv=0100000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

Muitos doutrinadores utilizam-no como exemplo atentos aos não raros equívocos incorridos pelos Tribunais no que toca à quantificação das chances pedidas. Neste norte, há quem assinale que “o equívoco geralmente mais comum, e indubitavelmente o mais grave, cometido no ato indenizatório aqui tratado é o de se atribuir à chance perdida o mesmo valor da vantagem aleatória cujo processo de obtenção foi interrompido pelo ato lesivo”.<sup>175</sup>

No caso “Show do Milhão”, situação em que a autora da demanda sentiu-se prejudicada pelo fato de a “pergunta do milhão” ter sido formulada de modo a, em realidade, não haver resposta propriamente correta, o Judiciário assentiu a existência de prejuízo por ela suportado sob a perspectiva da perda da chance. Teria a participante do programa televisivo perdido a chance de auferir o prêmio máximo na medida em que, aos moldes da pergunta formulada, seria impossível acertá-la.

No que toca à quantificação da chance perdida, a condenação em danos materiais foi aposta em quinhentos mil reais em primeira instância, a título de lucros cessantes, e mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia como forma de complementar o montante já adquirido pela autora no programa televisivo, de modo que no total receberia um milhão de reais - considerando o prêmio percebido no próprio programa e a condenação judicial.<sup>176</sup>

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem reformar o acórdão para minorar o valor que foi arbitrado a título de dano material, justificando que:

Não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

<sup>175</sup> BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, ano XIV, n. 29, p. 26, ago./set. 2012.

<sup>176</sup> O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia o foi no seguinte sentido: “Cotejando-se esse entendimento com o disposto no referido art. 1059 do CC, constata-se que no caso em exame a autora deve ser indenizada em lucros cessantes, consistentes no benefício cuja chance perdeu de obter, mas que poderia ter obtido segundo o critério da probabilidade, ou seja, caso a resposta à pergunta formulada estivesse realmente inserida na Constituição Federal, autora teria tido a chance de responder corretamente e somar mais R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao seu prêmio. Em outras palavras, é o valor que, segundo o curso normal do jogo, a autora poderia ter obtido, caso a conduta lesiva da ré não tivesse ocorrido”.

Assim, ressaltando ser descabida a condenação da parte requerida ao pagamento integral da vantagem esperada, na linha do que a doutrina bem indica, o Superior Tribunal de Justiça acolheu esta parte do recurso especial interposto pela ré para adequar o montante indenizatório, empregando, para tanto, o critério matemático neste tópico aduzido:

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Assinala-se, neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça ter bem manejado o critério de quantificação da perda das chances enunciado pela doutrina nacional.

Diz-se isso porque de forma pertinente o acórdão defendeu a impropriedade de impor a condenação à requerida em montante que garantiria a percepção, pela autora, do prêmio total, eis que o prejuízo correspondente à perda da chance não pode equivaler ao valor da própria vantagem não auferida.

A condenação em cento e vinte e cinco mil reais, por sua vez, reflete a probabilidade matemática que a autora teria de acertar a "pergunta do milhão" acaso houvesse uma resposta certa dentre as quatro assertivas. Deteria uma chance de acerto dentre quatro opções de resposta, o correspondente, portanto, a 25% de chance. Tal percentual, em um universo de quinhentos mil reais que perceberia a mais se acertasse a resposta, reflete os cento e vinte e cinco mil reais a que chegou o Superior Tribunal de Justiça.



### 4.3 MODALIDADES DA PERDA DE UMA CHANCE

Na doutrina que se dedica ao estudo direcionado à responsabilidade civil por perda de uma chance não raro lança-se mão de classificação a absorver as suas modalidades, conforme intitula Fernando Noronha.<sup>177</sup>

O mencionado autor concebe duas modalidades nas quais o tema é inserido, quais sejam, a frustração da chance de obter uma vantagem futura e a frustração da chance de evitar um dano que aconteceu.

Referida classificação detém alcance didático, como também comporta algumas problematizações, a exemplo do que propõe Daniel Amaral Carnaúba.<sup>178</sup>

Assemelha-se oportuno apresentar referida perspectiva, portanto, articulando-se um diálogo, principalmente, entre os nominados autores, dadas as grandes contribuições ao tema provenientes de seus estudos.

#### 4.3.1 A frustração da chance de alcançar uma vantagem esperada

A chamada teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance tem lugar na hipótese em que, a partir da interrupção de um processo em curso, certa vantagem futura esperada em face do encadeamento natural dos eventos, vê-se frustrada. Nas palavras do insigne Fernando Noronha,

Em todos esses casos temos um fato presente que destrói chances que eram projetadas para o futuro; são casos em que um resultado futuro almejado, mas aleatório, fica impossibilitado pelo fato antijurídico presente.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> NORONHA, 2010, p. 699.

<sup>178</sup> CARNAÚBA, 2013, p.143.

<sup>179</sup> NORONHA, 2010, p. 702.

A doutrina nacional dedica especial atenção às hipóteses de perda de uma chance tidas no âmbito da responsabilidade civil do advogado pelo fato de ser uma constante a provocação do Judiciário em demandas desta feita. Isso se dá principalmente no contexto da perda da chance de haver examinado recurso processual em razão da perda de prazo judicial por advogado da causa, conforme se passa a expor.

A parte que sai vencida em ação judicial por conta da perda de um prazo para recurso, o qual deveria ter sido interposto pelo patrono da causa em face de decisão a ela desfavorável, vê-se frustrada da oportunidade de reforma, pelo Tribunal, de referida decisão.

Neste contexto, Fernando Noronha afirma que a perda do prazo, a depender do caso, pode traduzir a não realização de um benefício em expectativa “se a parte figurava como autora num processo cuja finalidade era condenar a contraparte a realizar uma prestação”.<sup>180</sup>

De outro vértice, pode implicar na impossibilidade de evitar um prejuízo do qual o envolvido tinha legítima expectativa de se esquivar, se a parte “era ré e acreditava ter razões para que a ação contra si movida fosse julgada improcedente, agora está na situação de definitivamente condenada, tendo de realizar uma prestação que considera indevida”.<sup>181</sup> Essa legítima expectativa que foi indevidamente mutilada, assim, é de ser reparada sob a perspectiva da responsabilidade civil por perda de uma chance.

De todo o modo, não é de esquecer que nem de toda a perda de chances advém um dano indenizável, havendo que se perseguirem os parâmetros consagrados pela doutrina, precipuamente a existência de chance séria e real, para cogitar da reparação civil.

Inserto nessa constatação é que o eminente Sérgio Novais Dias, ao tratar da responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance, afirma que “mesmo em se considerando que a utilização do recurso previsto em lei é um direito da parte, a lesão a esse direito pode não causar dano, não havendo indenização a ser paga”.<sup>182</sup> Neste diapasão, o autor assinala que nas situações em que o sucesso do

---

<sup>180</sup> NORONHA, 2010, p. 702- 703.

<sup>181</sup> *Idem*.

<sup>182</sup> DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 53.

recurso for improvável, da perda da chance de ver a decisão judicial reformada não adviria dano indenizável.

Afora o exemplo da perda de prazo judicial por advogado, uma constante tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a situação observada no âmbito dos concursos públicos, problematizando-se a responsabilização daquele que, em razão de sua conduta, acaba por retirar o candidato da disputa em certame.

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu pela responsabilização de serviço de ensino, à luz da perda de uma chance, que ofereceu o transporte de candidato ao local de realização da prova, contudo em razão de atraso na prestação de tal serviço, obstaculizou a entrada em tempo do aluno no prédio onde a prova seria aplicada.<sup>183</sup>

A classificação ora apresentada, assim, contempla toda a sorte de situação na qual a conduta operada por outrem implica na perda da possibilidade da vítima buscar posição jurídica mais vantajosa.

#### **4.3.2 A frustração da chance de evitar um dano que aconteceu**

Situação diversa, segundo as lições de Fernando Noronha, é aquela em que alguém de quem seria exigível atuação no sentido de interromper um processo em curso não o faz, verificando-se, assim, a configuração de determinado dano. A vítima, portanto, ver-se-ia diante de um dano presente, já ocorrido, concebendo-se ter perdido a chance de evitá-lo.

Questão primordial a ser abordada diz respeito ao encadeamento existente entre o não atuar do agente no sentido de interromper o processo em curso e a ocorrência do dano.

Nesse sentido o autor compreende que, em sendo possível afirmar categoricamente que o dano não aconteceria se o processo fosse interrompido, a

---

<sup>183</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n. 71000889238. Segunda Turma Recursal Cível. Recorrente: Centro Integrado de Preparação do Estudante Ltda – CIPEL. Recorridos: Luciane Aita Sfinter Cia Ltda, Vinicius Quevedo Matheus e CN Tur. Juiz Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos. Julgamento: 07.06.2006. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 22 set. 2013.

indenização, por assim dizer, integral, seria devida, não sendo chamado o instituto da perda de uma chance a tutelar a situação.

A perda de uma chance teria aplicabilidade, portanto, apenas na hipótese em que, fosse o processo em curso interrompido, ainda “haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem se poder saber agora se realmente isto teria acontecido”.<sup>184</sup>

Referida perspectiva tem vez em caso enfrentado pela Corte de Cassação francesa em que determinado comércio acaba por ser furtado, tendo o alarme de segurança não funcionado adequadamente. Em sendo possível considerar que o furto ocorresse ainda que em perfeito funcionamento estivesse o alarme, condenou-se a empresa responsável pelo sistema de alarme antifurto a indenizar o estabelecimento em questão pela perda da chance de evitar o assalto ocorrido.<sup>185</sup>

A perda da chance de evitar dano ocorrido, empregando-se a classificação proposta por Fernando Noronha, entretanto, detém maior expressão em hipóteses de responsabilidade civil médica, concebidas em sua grande maioria na perda de chance de cura ou sobrevivência ante erro médico.

Se, por um lado, essa classificação é em sua maior parte enunciada pela responsabilidade civil médica, de outro justamente nesta seara situam-se os maiores embates teóricos.

#### **4.3.2.1 Reflexões advindas da aplicação do instituto à responsabilidade civil médica**

Daniel Amaral Carnaúba defende, em princípio, a aplicabilidade do instituto à responsabilidade civil médica. Contudo, não deixa de estar atento ao emprego indiscriminado da técnica da perda de uma chance lançado mão pela doutrina e jurisprudência, insertas num contexto de proteção especial ao dano corporal conferida pelo direito.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> NORONHA, 2010, p. 706-707.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 707.

<sup>186</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 143.

Nesse diapasão, obtempera que não raro hipóteses tratadas no âmbito da perda de uma chance em verdade indicam a pluralidade de riscos<sup>187</sup>, assim devendo ser consideradas. Pairando dúvidas acerca da causa efetiva do dano, se decorrente de erro médico, se proveniente da própria evolução da doença da vítima, há quem acabe lançando mão da perda de uma chance como solução viável diante de tal incerteza, entendimento esse por ele combatido.

Assevera o doutrinador que “nos litígios envolvendo a pluralidade de riscos, não há nexos causal entre a pretensa chance perdida e o fato imputado ao réu”<sup>188</sup>, pelo que rechaça a aplicação da reparação por chances nesse particular sob o fundamento de que:

Em verdade, é possível que o ato do réu tenha participado do encadeamento causal e, nessa hipótese, o erro médico seria a causa jurídica dos prejuízos sofridos pelo paciente. Mas é igualmente possível que tal fato não tenha exercido nenhuma influência na concretização do dano. Nesse caso, negligência e prejuízo seriam simplesmente concomitantes, não havendo qualquer relação entre os dois.<sup>189</sup>

Aos casos concebidos no contexto da pluralidade de riscos, assim, defende a impropriedade do dever de indenizar por perda de chance pela impossibilidade de se traçar um elo de ligação seguro entre a conduta médica e o prejuízo suportado pela vítima. A álea, nesses casos, não repousaria no interesse da vítima, mas na deficiência probatória que não raro exsurge na seara médica pela dificuldade de constatação, *a posteriori*, do que efetivamente “ocorreu dentro dos quatro muros de uma clínica”.<sup>190</sup>

A ressalva trazida pode ser confrontada com a perspectiva adotada por Fernando Noronha, o qual, de outro vértice, fundamenta a reparação por perda de

---

<sup>187</sup> A pluralidade de riscos é apresentada pelo autor como a “situação em que dois riscos, independentes e excludentes, podem ter provocado o acidente sofrido pela vítima”. Melhor exemplificando, aprecia problema levado a conhecimento da Corte de Cassação em 1982, situação em que paciente entrou em coma em razão de embolia pulmonar, adquirindo em razão disso uma incapacidade permanente: “O problema trazido perante a Corte em 1982 não era uma hipótese de perda de chance. Tratava-se, em verdade, de um caso de duplo risco: um risco de embolia criado pelo erro médico, e outro risco de embolia inerente à cirurgia praticada. A embolia que atingiu o paciente decorreu, certamente, da realização de um desses dois riscos. Mas somente de um deles. Ou a embolia foi provocada pelo ar da seringa, ou ela foi provocada pelo ar presente no seio paranasal. Essas duas hipóteses são mutuamente excludentes”. (CARNAÚBA, 2013, p. 145- 146).

<sup>188</sup> CARNAÚBA, 2013, p. 146.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>190</sup> *Idem*.

uma chance como instrumento hábil a responder, de algum modo, por danos concebidos no contexto da pluralidade de riscos:

Perante este circunstancialismo, o fato de não existir prova suficiente que permita selecionar um dos dois fatores que são possível causa do dano verificado não parece ser justificativa para aplicar aqui a regra do “ou tudo, ou nada” e concluir que o lesado não poderá receber reparação nenhuma. Neste caso, essa regra seria profundamente injusta, o que é motivo suficiente para se duvidar do acerto de interpretações que conduzam a ela. Se é sabido que o dano foi causado por um de dois fatos, e que pode até ser resultado da ação dos dois, não é razoável que o lesado fique sem reparação nenhuma.<sup>191</sup>

Observa-se que Fernando Noronha curva-se ao critério da justiça da decisão de modo a fundamentar a reparação por perda de chances na perspectiva da pluralidade de riscos. Assevera, a partir dessa reflexão, que a responsabilização do agente deve refletir a proporção estabelecida entre a parcela do dano atribuível à sua conduta.<sup>192</sup>

Denota-se, a bem da verdade, que a inserção, na teoria da perda de uma chance, de algumas das situações envolvidas na medicina, foi a forma que os tribunais, como também a doutrina, acabaram por encontrar para suplantar a dificuldade de vislumbrar um nexo de causalidade existente entre o ato culposo do médico e eventual prejuízo suportado por seu paciente. Ou seja, intentando proteger os interesses de determinado paciente e, ante a impossibilidade de precisar, com absoluta certeza, que a conduta do médico concorreu para a morte ou ausência de cura da pessoa, imputa-se certo grau de responsabilidade ao médico, no âmbito da perda de uma chance, impondo-se condenação em patamar inferior ao que a vítima teria direito acaso tivesse vez o princípio da restituição integral.

Contudo, a utilização do instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance como meio de possibilitar alguma indenização, na seara médica, em hipóteses nas quais a dificuldade de estabelecimento do nexo causal impor-se-ia como obstáculo à reparação, não é imune a críticas no seio doutrinário.

Os que desferem críticas à aplicação da teoria, em algum aspecto, na área médica, o fazem tendo em mente que acabou por se criar um novo tipo de dano

---

<sup>191</sup> NORONHA, 2010, p. 713.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 712.

(aquele consistente na perda de uma chance de cura ou sobrevivência), de um certo modo artificioso, para o fim de “suavizar as dificuldades da prova de certeza do nexo de causalidade”.<sup>193</sup> Seria, assim, “[...] um artifício para permitir, muito embora a incerteza do nexo de causalidade, seja indenizado parcialmente o verdadeiro prejuízo: a morte ou a invalidez”.<sup>194</sup>

Por conta disso, pontua Rafael Peteffi da Silva<sup>195</sup>, é que a posição doutrinária dominante no direito francês vê com reticências a inserção do instituto da perda de uma chance na seara médica, compreendendo ser um desvirtuamento do sistema da responsabilidade civil, um instrumento artificioso a se valer um juiz indeciso.

Noutra perspectiva, vale destacar alumiada decisão<sup>196</sup> proferida pela Ministra Nancy Andrighi, a qual enfrenta as críticas doutrinárias direcionadas à aplicação da reparação civil por perda de uma chance na seara médica.

<sup>193</sup> NETO, Miguel Kfourir. **Culpa médica e ônus da prova:** presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: RT, 2002. p. 101.

<sup>194</sup> *Idem*.

<sup>195</sup> SILVA, 2013, p. 89.

<sup>196</sup> Lançou-se a ementa do acórdão nos seguintes termos: “DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorridos: Vilma de Lima Oliveira – Espólio e Outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 4 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201100789394&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 set. 2013).

Cuida-se de caso em que determinada paciente portadora de câncer de mama veio a falecer, apresentando-se ao Judiciário a discussão afeta à participação do médico no evento morte.

Visando driblar a problemática assente em hipóteses dessa feita, um tanto controvertidas tanto no aspecto do nexo causal quanto ao considerar a pluralidade de riscos, a Ministra apresenta um critério distinto a nortear a decisão, qual seja, a investigação acerca da retidão do procedimento médico adotado em relação ao grau de desenvolvimento de determinada área científica. Em suas palavras:

Ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência. Não tendo sido adotada essa técnica, o médico responsável terá obrado com culpa no tratamento da paciente.

Partindo dessa perspectiva, a jurista manteve a condenação do médico à luz da perda de uma chance por considerar que no caso em questão a comunidade médica não recomendaria a espécie de cirurgia realizada, como também concluiu que o procedimento quimioterápico prescrito acabou por se revelar um tratamento em que a chance de êxito da paciente restou diminuída em relação aos procedimentos acessíveis dos quais poderia ter lançado mão.

Em seu entender, assim, a análise casuística no que toca à perda da chance na seara médica perpassaria referida investigação, tão somente. Sendo possível concluir que a conduta médica apresentada seria capaz de reduzir as chances de melhora ou mesmo de cura do paciente, cabível a responsabilização do profissional de saúde, prescindindo-se “da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional”.<sup>197</sup>

A despeito de se colocarem críticas de ordem das ora enunciadas sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance na seara

---

<sup>197</sup> A causalidade proporcional referenciada pela Ministra Nancy Andrighi pode ser lida sob a conceituação da causalidade alternativa, segundo as lições de Fernando Noronha: “temos causalidade alternativa quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador. Por exemplo, não se sabe se a morte de uma pessoa ou o agravamento de sua doença são devidos à evolução natural da moléstia de que sofria, ou se a um erro médico, devidamente comprovado”. (NORONHA, 2010, p. 681- 682).



médica, especialmente a abarcar hipóteses de pluralidade de riscos, não é de ignorar a existência de casos os quais podem, com propriedade, ser lidos a partir de tal perspectiva.

Neste sentido vislumbra-se questão elucidativa que foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>198</sup>, em que se entendeu pela condenação de clínica de olhos em razão de ter provocado, ao paciente que procurou o estabelecimento médico, a perda da chance de salvar sua visão.

Trata-se de situação em que o paciente consultou-se em referida clínica por força de lesão ocular, cujo procedimento devido consistia em realização de cirurgia. Essa, contudo, não se perfez tão logo pela falta de médico profissional disponível na ocasião (festas de fim de ano), de modo que acabou por se consolidar a mácula na retina, ocasionando a cegueira do paciente e tornando ineficaz o procedimento cirúrgico tardio. Condenou-se, assim, a clínica de olhos a indenizar o paciente em questão, não pela cegueira em si, mas por sua conduta omissiva ter provocado a perda da chance de o paciente salvar sua visão.

No caso relatado, assemelha-se pertinente o enquadramento da responsabilidade civil da clínica de olhos sob o enfoque da perda de uma chance. Isso por ser possível asseverar com firmeza que, ao não possibilitar a realização do procedimento cirúrgico a tempo, pela falta de corpo clínico para tanto, acabou por retirar do paciente a chance de preservar sua visão.

Assim, pode-se concluir que tanto a adoção irrestrita do instituto no que toca à responsabilidade civil médica não se desvela adequada, como também o seu total afastamento denota certamente uma impropriedade, de sorte que demandas desta feita merecem ser tratadas com critério.

---

<sup>198</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.08137. Nona Câmara Cível. Recorrentes: Guaraciaba Barbosa de Ávila e Hospital do Olho. Recorridos: Os Mesmos. Relator Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 23 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EA164A19D7C059F93BD6E196EED379B0781BC32C3A10>>. Acesso em: 12 out. 2013.

## 5 CONCLUSÃO

O novo olhar conferido ao instituto da responsabilidade civil, permeado por uma mudança de paradigma marcada pela alteração da centralidade que a busca pelo ofensor ocupava, em direção à ênfase na própria vítima e em seus interesses, colocou-se como cenário propício ao desenvolvimento da perspectiva da reparação civil por perda de uma chance.

Conceber como bem jurídico passível de tutela a chance de ocupar posição jurídica mais favorável, seja pela possibilidade de alcançar uma vantagem esperada, seja pela possibilidade de evitar um prejuízo que acabou por se impor, pode ser lido no contexto de ampliação das hipóteses suscetíveis de reparação reconhecidas pelos operadores do direito.

Pode-se afirmar que, não obstante a existência de embates teóricos no que toca ao tema objeto do presente estudo, atualmente a aceitação da teoria é a tônica, a tal ponto que acreditamos na possibilidade de sua afirmação enquanto instituto jurídico.

Ora, referida perspectiva bem responde aos novos contornos delineados pela ciência jurídica no âmbito da responsabilidade civil. O direito, como regramento social que é, não poderia ignorar situações que se impõem na realidade, devendo estar atento à profusão de danos verificada em uma sociedade cada vez mais complexa, e a exigir a adequada tutela pela ocorrência de lesão a determinado bem jurídico.

Assim, no contexto do surgimento de novos danos que pode ser vislumbrado desde o marco da Revolução Industrial, há algumas décadas a chance passou a ser concebida como integrante do patrimônio jurídico de dada pessoa, de modo tal que detém relevância jurídica a lesão a interesse da vítima, consubstanciada na perda de referida chance. Neste diapasão, exigiu-se do direito uma resposta a tais situações, e neste particular os contornos da reparação civil por perda de uma chance bem atenderam a tal propósito.

Essa nova perspectiva, contudo, não permaneceu imune a expressivas críticas, as quais podem ser lidas, em última análise, como dirigidas à primeira ideia de que se estaria a tutelar a reparação de danos hipotéticos, o que sempre foi veementemente rechaçado pela ciência jurídica.

Gradativamente, contudo, a doutrina dedicada ao tema centrou esforços em desenvolver, com propriedade, o arcabouço que sustentaria a então teoria, podendo-se enfatizar a centralidade de algumas premissas já consagradas no cenário jurídico.

Neste sentido, pode-se ressaltar duas reflexões teóricas, por assim dizer, que acredita terem contribuído à conformação do instituto.

A primeira delas permeia a compreensão de que tal instituto consagraria a reparação civil devida pela chance perdida, contudo jamais ensejaria o ressarcimento da vítima em razão desta não ter usufruído a posição jurídica que pretendia alcançar. Promovendo-se, portanto, o deslocamento da reparação da vantagem não auferida - cuja ocorrência seria demasiado hipotética, até mesmo porque poderia não se perfectibilizar pelo transcurso natural das coisas - para a chance em si mesma, a teoria se sustentaria.

A segunda compreensão teórica que conferiu credibilidade aos contornos do instituto pode ser localizada no enquadramento apenas da chance séria e real como tutelável pelo ordenamento jurídico. Tal perspectiva compreende um parâmetro apto a cingir a legítima lesão a interesse jurídico de meras esperanças das quais não pode advir o dever de indenizar.

Por fim, contudo não menos importante, o desenvolvimento de parâmetros de quantificação da chance perdida. Os apontados parâmetros enunciam a impropriedade de conferir indenização à vítima perseguindo-se o mesmo patamar que se imporia acaso a reparação fosse devida pela não ocorrência da vantagem em si, o que certamente não é a proposta desenvolvida pelo instituto a que se dedica o presente trabalho. Como dito, a reparação civil articula-se em relação à chance perdida, jamais em relação à vantagem não realizada.

Os contornos doutrinários e jurisprudenciais conferidos ao instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance, assim, consagram a aplicação criteriosa desta vertente, certamente sendo esta a perspectiva defensável. Se, por um lado, ao direito é dado tutelar a perda da chance como lesão a legítimo interesse jurídico, de outro o instituto não pode salvaguardar oportunismos e demandas infundadas, tampouco se prestar ao papel de abertura sistemática capaz de fundamentar toda e qualquer reparação civil que de outro modo não se sustentaria.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária Ltda, 1965.
- ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2009. p. 439-469.
- AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. A natureza jurídica da chance perdida à luz do princípio da dignidade humana. **Revista da ESMAPE**, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010. p.289-316.
- BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, ano XIV, n. 29, ago./set. 2012. p.20-37.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.169-196.
- BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 908, ano 100, jun. 2011. p. 145-169.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 614.266/MG. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: BH Farma Comércio Ltda. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302223827&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459/BA. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501724109&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorridos: Vilma de Lima Oliveira – Espólio e Outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 4 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201100789394&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 set. 2013

BRASÍLIA. **Enunciado n. 444**. Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

CAPELOTTI, João Paulo. Entre certeza e probabilidade: reflexões sobre o nexo causal a partir da jurisprudência do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 86, ano 22, mar./abr. 2013, p. 173-199.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 922, ano 101, ago. 2012. p. 139-171.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 583-606.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 406, ano 105, nov./dez. 2009, p. 87-102.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v.4.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance**. Curitiba, 2010, 188 f. Tese (Mestrado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 840, ano 94, out. 2005, p.11-36.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 213-229.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03-27.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5. t. 2.

NETO, Miguel Kfourir. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: RT, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.08137. Nona Câmara Cível. Recorrentes: Guaraciaba Barbosa de Ávila e Hospital do Olho. Recorridos: Os Mesmos. Relator Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 23 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EA164A19D7C059F93BD6E196EED379B0781BC32C3A10>>. Acesso em: 12 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n. 71000889238. Segunda Turma Recursal Cível. Recorrente: Centro Integrado de Preparação do Estudante Ltda – CIPEL. Recorridos: Luciane Aita Sfinter Cia Ltda, Vinicius Quevedo Matheus e CN Tur. Juiz Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos. Julgamento: 07.06.2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 22 set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n.º 71001196195. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Nair Lauxer Klein. Recorridos: Nestor Alfeu Wuttke e Clarissa Wuttke. Relator Ricardo Torres Hermann. Julgamento: 12 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 22 set. 2013.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Dilemas de uma sociedade de risco: a causa dos danos e a reparação integral da vítima. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v.3, p.45-64.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2011, p. 81-102.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 150-164.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v.2.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildelfonso; RABELO, César Leandro de Almeida. A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 24, n. 277, jul. 2012, p. 22-47.